



Université Panthéon-Assas

BANQUE DES MEMOIRES

Master Droit et Pratique des Relations de Travail
Dirigé par Monsieur le Professeur Bernard Teyssié
2012

La négociation obligatoire d'entreprise

Etienne Devaux

Sous la direction de Monsieur le Professeur Bernard Teyssié

**Université Panthéon-Assas
(Paris II)**

**Laboratoire de droit social
Institut d'études européennes
et internationales du travail**

LA NEGOCIATION OBLIGATOIRE D'ENTREPRISE

Par Etienne DEVAUX

Mémoire effectué en vue de l'obtention du Master Droit et Pratique des Relations de Travail

Promotion Actance

Année universitaire 2011-2012

A Juan-David,

« Quand on veut, on peut. Quand on peut, on doit ». Napoléon I^{er}.

Remerciements

Je tiens à remercier Monsieur le Professeur Bernard TEYSSIE pour la confiance qu'il m'a accordée et pour les conseils qu'il a pu me donner tout au long de l'année. Ce mémoire n'aurait pu être réalisé sans sa direction bienveillante et son oreille attentive.

Je remercie particulièrement Madame Béatrice PIETRI, Monsieur Vincent BRETON, Monsieur Sérgio PEREIRA et Mademoiselle Anne-Lise FRANCIS pour leurs conseils avisés lors de l'élaboration de ce mémoire et pour le temps qu'ils ont pu consacrer à mes questions. Je remercie également l'ensemble de la direction Droit du travail de l'UIMM pour leur disponibilité et l'ambiance stimulante qui m'a accompagnée cette année.

Je tiens à exprimer ma profonde reconnaissance à l'ensemble de l'équipe pédagogique du Laboratoire de Droit social de Paris II pour sa compétence et son accessibilité, notamment Mademoiselle Lydie DAUXERRE, et Madame Catherine LEBRET. Je remercie également Monsieur Fabrice TOSI et Monsieur Jean DE CALBIAC pour l'aide qu'ils m'ont apportée.

Je remercie l'ensemble de la promotion ACTANCE, et spécialement les « Quatre Fantastiques », pour la bonne et studieuse atmosphère qu'elle a su créer cette année.

Je remercie enfin mes proches, et tout particulièrement Cécile, pour leur soutien constant.

Sommaire

Introduction	8
Chapitre I – La négociation imposée : outil au service de la participation des salariés ?	9
Section 1 – La notion de négociation imposée	9
Section 2 – Les obligations de négociier en droit comparé	16
Chapitre II – La négociation imposée : mosaïque d’obligations à la seule charge de l’employeur ?	35
Section 1 – L’absence d’encadrement de l’obligation de négociier par le droit international	35
Section 2 – Le négociation imposée dans le droit du travail français	40
Titre I – Le champ d’application de la négociation imposée	47
Chapitre I – Les obligations de négociier	47
Section 1 – Entreprises assujetties à l’obligation de négociier	47
Section 2 – Les domaines de la négociation obligatoire	92
Chapitre II – Les obligations de couverture	137
Section 1 – L’emploi des salariés âgés	137
Section 2 – L’égalité professionnelle entre les femmes et les hommes	150
Section 3 – La prévention de la pénibilité	163
Section 4 – La prime de partage des profits au bénéfice des salariés	175
Titre II – Le déroulement de la négociation imposée	191
Chapitre I – Déroulement de la négociation obligatoire	192
Section 1 – Modalités de tenue de la négociation obligatoire	192
Section 2 – L’issue de la négociation obligatoire	228
Chapitre II – Déroulement des négociations dans le cadre des obligations de couverture	256
Section 1 – Modalités d’exécution de l’obligation de couverture	256
Section 2 – Sanctions de la violation de l’obligation de couverture	270
Conclusion	285
Index	288
Bibliographie	293
Table des matières	299

Liste des abréviations

BOMT : Bulletin officiel du ministère du travail

Bull. Civ. : Bulletin civil de la Cour de cassation

Bull. Crim. : Bulletin criminel de la Cour de cassation

CA : Cour d'appel

Cass. Ass. Plén. : Cour de cassation, assemblée plénière

Cass. Crim. : Cour de cassation, chambre criminelle

Cass. Soc. : Cour de cassation, chambre sociale

Cf. : Confer

CMU : Couverture maladie universelle

DARES : Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques

DE : Direction de l'emploi

DGCS : Direction générale de la cohésion sociale

DGEFP : Direction générale de l'emploi et de la formation professionnelle

DGT : Direction générale du travail

DGTr : Direction générale du trésor

DRT : Direction des relations du travail

DSS : Direction de la Sécurité sociale

Et s. : Et suivant(s)

GPEC : Gestion prévisionnelle des emplois et des compétences

JCI Travail Traité : Jurisclasseur travail traité

JCP E : Semaine juridique, édition Entreprise

JCP G : Semaine juridique, édition Générale

JCP S : Semaine juridique, édition Sociale

JO : Journal officiel

JO AN : Journal officiel de l'Assemblée Nationale

JOCE : Journal officiel des Communautés européennes

JOUE : Journal officiel de l'Union européenne

JSL : Jurisprudence sociale Lamy

JS UIMM : Jurisprudence sociale Union des Industries et Métiers de la Métallurgie

OIT : Organisation internationale du travail

p. : Page

RJS : Revue de jurisprudence sociale

SDFE : Service des droits des femmes et de l'égalité

SSL : Semaine sociale Lamy

TFUE : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

TGI : Tribunal de grande instance

TI : Tribunal d'instance

TUE : Traité sur l'Union européenne

UE : Union Européenne

Introduction

1. « Délibérer est le fait de plusieurs, agir est le fait d'un seul »¹.- Etape de toute argumentation, la délibération induit une « pesée dans la pensée », l'examen collectif d'une question, l'échange d'idées et d'opinions sur celle-ci avant de prendre parti. Ce choix peut donner lieu à un monologue délibératif dans l'hypothèse où un seul a le pouvoir de décision. En revanche, lorsque les intéressés sont placés sur un pied d'égalité ou que le décisionnaire ressent la nécessité de recueillir leur assentiment, cette réflexion emporte l'existence d'un dialogue. Dans le cadre de celui-ci, chacun confronte son point de vue à celui d'autrui afin de forger sa propre opinion. La délibération est essentielle au débat public dans une démocratie², il n'est donc pas étonnant de la retrouver sous diverses formes dans les relations de travail en France.

2. La négociation imposée, outil.- Le contrat de travail est « un contrat synallagmatique à titre onéreux caractérisé par la fourniture d'un travail en contrepartie du paiement d'une rémunération et par l'existence, dans l'exécution du travail, d'un lien de subordination juridique du travailleur à l'employeur »³. Dans l'entreprise, ces relations contractuelles ont pour effet de créer une communauté de salariés. Le cadre de la délibération, propice au rééquilibrage du rapport de force entre les partenaires sociaux, permet aux salariés de présenter collectivement des revendications dont ils n'auraient probablement pas obtenu la satisfaction individuellement. Certains sujets peuvent être imposés, permettant aux travailleurs de participer à l'élaboration de leurs conditions de travail (Chapitre I).

3. La négociation imposée, obligation.- Cette limitation du pouvoir d'initiative et du choix de l'objet des discussions peut constituer une contrainte pour les parties. Par l'intermédiaire de leurs représentants, la garantie de l'existence d'un dialogue avec l'employeur sur ces thèmes est offerte aux salariés. Ces obligations emportent plus d'effets pour ce dernier en raison de l'impact qu'elles ont sur ses prérogatives (Chapitre II).

¹ C. de Gaulle, Mémoires de Guerre.

² Cette idée correspond au concept de démocratie délibérative, développé par l'Ecole de Francfort et notamment par Jürgen Habermas, selon lequel la société est démocratique dès lors que les décisions sont prises par la délibération publique de tous ses membres.

³ G. Cornu, Vocabulaire juridique, 9^e édition, PUF, 2011.

Chapitre I – La négociation imposée : outil au service de la participation des salariés ?

4. Dans de nombreux domaines, la négociation existe : elle peut donner lieu à des échanges entre deux parties ou plus. Dans la majorité des cas, elle est spontanée. Une négociation imposée peut toutefois apparaître (section 1). Celle-ci a été développée dans le système juridique de nombreux Etats, comme moyen permettant aux salariés d'exercer leur droit de participer à l'élaboration de leurs conditions de travail (section 2).

Section 1 – La notion de négociation imposée

5. La notion de négociation imposée ou celle d'obligation de négocier, considérées comme étant proches, trouvent leur origine dans la conjugaison de deux concepts (sous-section 1). Une fois le contenu de cette notion déterminé, il est possible d'appréhender les faits historiques qui sont à l'origine de la naissance de la négociation collective en France (sous-section 2).

Sous-section 1 – La négociation imposée, aux confluent de deux concepts

6. La définition de la négociation imposée ou de l'obligation de négocier nécessite de déterminer la nature de deux concepts qui s'y mêlent. Le concept de négociation, présent dans toute société humaine en raison des différences de tout un chacun, est d'abord succinctement expliqué par une analyse sociologique (§1). Puis, les contours de la notion d'obligation, dans son acception juridique, seront délimités (§2).

§1. Le concept de négociation

7. **Prélude à toute négociation.-** Dix-sept heures. Deux enfants rentrent chez eux. Sur la table de la cuisine, une assiette avec une demi-baguette et quelques carrés de chocolat. L'un et l'autre souhaitent ne prendre que le chocolat. Dès lors, une négociation s'engage. Trois facteurs⁴ sont effectivement présents : d'abord « un conflit d'intérêt et la conscience qu'il existe », les deux enfants préféreraient laisser le pain à l'autre, mais la décision de

⁴ R. Walton et R. McKersie, A Behavioral Theory of Labor Negotiations. An Analysis of a social interaction system, New York, McGraw-Hill, 1965.

chacun aura un impact sur l'autre. Ensuite, apparaît « une volonté commune de le régler de façon coopérative », chacun sait ce qu'il a à gagner d'une discussion avec l'autre, chercher à l'emporter par la force pourra entraîner une intervention de l'autorité parentale. Enfin, ces enfants, d'eux-mêmes, engagent « un effort de structuration des attitudes » en cherchant à engager un dialogue afin de répartir le goûter.

8. Retour aux sources du concept de négociation.- On pourrait croire que le terme de négociation a essentiellement vocation à caractériser des échanges commerciaux, possédant la même racine latine, *negotium*, que le négoce ou le négociant. Pourtant, il n'en est rien. La négociation désignait la gestion des affaires publiques. En France, le Cardinal de Richelieu indiquait dans son Testament Politique, en 1688, qu'il « faut négocier sans cesse » : jusqu'à la Révolution française, le terme de négociation désignait la diplomatie. De même, jusqu'au 19^{ème} siècle, de l'autre côté de la Manche, le terme de « negotiation » caractérisait les tâches des ambassadeurs, avant d'être remplacé par le mot « diplomacy ».

9. Objet de la négociation.- La négociation pouvait donc être l'outil par lequel la partie dominante d'une relation imposait à une autre un certain nombre de règles. Longtemps acte unilatéral, l'évolution de la société conduit à un mouvement de contractualisation : « contraindre est de moins en moins efficace, convaincre de plus en plus nécessaire »⁵. Toutefois, il résulte de la loi Le Chapelier et du décret d'Allarde interdisant les corporations une faiblesse des corps constitués que sont les organisations syndicales et patronales dans leurs relations avec l'Etat : instrumentalisée, la négociation collective apparaît avant tout comme un élément inhérent aux politiques publiques. Si la voie du dialogue social semble aujourd'hui retrouver de sa force, notamment avec les articles L. 1 à L. 3 du Code du travail institués par la Loi Larcher⁶, la réglementation des relations de travail trouve cependant essentiellement son origine dans la loi. Dans d'autres systèmes juridiques, la place du contrat, collectif, est bien plus importante laissant aux partenaires sociaux un rôle plus important. La négociation remplira alors trois rôles distincts : un marchandage (I), une détermination des règles et des orientations (II) et la définition de principe (III).

⁵ A. Colson, Penser la négociation en science politique : retour aux sources et perspectives de recherche, *Négociations*, 2009/2 n° 12, p. 93-106.

⁶ Loi n°2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social, JO 1^{er} février 2007.

I. La négociation de marchandage : « à cause de »

10. Tactiques et techniques commerciales.- La négociation dans laquelle un marchandage a lieu correspond à l'acceptation la plus communément répandue : il s'agit du négoce, acte commercial. Les parties, de part et d'autre, adoptent une stratégie. Différentes tactiques seront suivies. Certains font le choix de menacer frontalement l'autre partie alors que d'autres cherchent avant tout à la persuader en lui démontrant tous les intérêts qu'elle aurait à accepter l'offre faite. Enfin, un jeu de dupes peut se tenir, chacun prêchant le faux pour connaître le vrai et avançant à couvert.

11. Objet du marchandage.- L'objectif des parties dans une telle négociation est la prise de décision. Celle-ci existe alors même que les parties se rencontrent pour la première fois et qu'elles ne sont pas amenées à se rencontrer de nouveau : hors de toute relation durable. Les participants à la négociation disposent d'une alternative à son issue : conclure un accord ou se séparer et revenir à leur état antérieur. De plus, de nombreuses contreparties peuvent être négociées afin de parvenir à l'accord : celui-ci est le fruit d'un consensus, dans l'exemple des enfants se partageant le goûter, l'un d'eux obtient tout le pain et l'autre tout le chocolat. Une fois la décision prise par chacune des parties, elles reprennent leur indépendance. Ce choix n'a pas nécessairement d'impact pour elles ultérieurement contrairement à une négociation régulatrice.

II. La négociation régulatrice : « en vue de »

12. Une négociation tournée vers l'avenir.- Dans le cadre de la négociation régulatrice, les parties se projettent dans le futur en raison de leur interdépendance. Appartenant au même système social, elles doivent en définir les règles qui encadrent leurs comportements. De plus, cette définition est nécessairement conjointe puisque les actions de l'un influent sur celles de l'autre. Ainsi, les enfants décident qu'alternativement, un seul d'entre eux, un jour sur deux, prendra tout le chocolat.

13. Objet de la négociation.- La négociation peut avoir plusieurs objet : déterminer des procédures, comme c'est le cas par exemple dans le cadre d'un protocole d'accord préélectoral pour certaines de ses dispositions, mais aussi définir les droits qui attribués à chacune des parties. Aussi, dès l'ouverture de la négociation, les parties constatent la situation dans laquelle ils se trouvent et les difficultés qu'elle leur pose. Alors sont

envisagées toutes les solutions susceptibles de parvenir à un accord. Dès lors, la négociation sous sa forme de marchandage survient, mais il ne s'agit plus seulement de débattre de la solution. Les parties cherchent à « décider d'un cours d'action commun durable »⁷ : un futur conjoint est envisagé. Les conditions dans lesquelles le consensus est atteint ont une portée que les protagonistes ne peuvent négliger. Une telle négociation s'inscrit dans un cadre préexistant, il n'y est pas question de définir les principes la réglementant.

III. La négociation, source de principes

14. L'existence de valeurs différentes.- La négociation, source de principes, est la plus complexe. Il ne s'agit plus de résoudre uniquement des conflits d'intérêts entre les différents protagonistes mais aussi un écart de valeurs. Les choix d'actions sont guidés tant par les intérêts que par les valeurs : la négociation revient à négocier tant la règle que son fondement normatif. La hiérarchisation des valeurs est donc nécessaire. Chacune des parties établit une échelle de préférences entre elles. La négociation aboutit à une comparaison entre les principes ordonnés par chaque protagoniste, pour que chacun puisse définir ce qu'il souhaite obtenir de l'autre en argumentant les raisons à l'origine de sa position.

15. La négociation, réponse au conflit valoriel.- Les valeurs, avant toute négociation, doivent être reconnues conjointement. Leur conflit a pour objet de prendre les décisions permettant de les articuler : les parties ne transigent pas sur leurs valeurs mais, par le biais du compromis, répondent au conflit valoriel. Trois issues peuvent être envisagées⁸. « L'issue tragique » dans laquelle, en privilégiant la défense de ses valeurs à tout compromis, chaque partie sait qu'elle court à sa perte mais ne peut pas faire autrement. « La délibération publique » par laquelle chacun forge son point de vue en faisant abstraction de ses valeurs, aucune décision ne se dégage de la position adoptée qui la clôt. Enfin, « le compromis valoriel » où les intérêts et les valeurs des protagonistes sont reconnus dès l'origine afin de permettre une convergence des points de vue : une véritable négociation émerge dans le but de parvenir à la suspension du conflit valoriel par l'élaboration de normes communes. Cette procédure de création peut être imposée, notamment par un cadre juridique, à l'image du contrat, source d'obligations.

⁷ C. Thuderoz, Régimes et registres de négociation, □Négociations, 2009/2 n° 12, p. 107-118.

⁸ C. Thuderoz, Régimes et registres de négociation, □Négociations, 2009/2 n° 12, p. 107-118.

§2. Une obligation, au sens juridique, pour l'une des parties ?

16. Une notion largement entendue.- Obligation : nom féminin issu du latin *obligatio* lui-même issu du verbe *obligare* composé du préfixe *ob*, vers, et du verbe *ligare*, lié : « obliger, lier par une loi, un ordre, un accord, un service »⁹. Dans son acception la plus large, l'obligation est synonyme de devoir. Celui-ci peut être dicté tant par la morale, les convictions religieuses, la norme sociale, la profession exercée que par le droit. Elle est définie dans les Institutes de Justinien comme « *obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura* » : l'obligation est un lien de droit par lequel nous sommes tenus nécessairement de payer quelque chose à quelqu'un selon le droit de notre cité¹⁰. Elle présente alors nécessairement un double aspect, et deux participants.

17. Une notion juridiquement définie.- L'obligation lie deux personnes : d'un côté, qualifié de passif en droit civil, le débiteur doit quelque chose en raison de sa dette. De l'autre, dit actif, le créancier, titulaire d'une créance qui peut exiger cette chose du premier. L'obligation désigne donc un lien patrimonial unissant des personnes juridiques distinctes. Celle-ci peut donner un droit réel, droit direct et immédiat sur une chose, ou un droit personnel, droit au titre duquel une personne se trouve obligée de donner ou de faire quelque chose.

18. Une inexécution juridiquement sanctionnée.- La contrainte liant les parties induit nécessairement l'existence d'une sanction pesant sur celles-ci dans l'hypothèse où elles ne s'acquitteront pas de ce qui leur revient. Le contrat, siège principal des obligations des parties, peut prévoir ce qu'il incombe à chacune en cas de non-respect de celles-ci. Le droit pose, en certaines matières, un cadre à ces sanctions, la liberté des parties n'est pas toujours absolue. On peut notamment citer en droit général des obligations la nullité, l'inopposabilité ou la caducité de la convention. Un agent extérieur peut également intervenir en prononçant à l'égard de la partie défaillante une sanction pécuniaire, pénale ou encore une exécution forcée.

19. L'émancipation du droit du travail.- Dans les relations collectives de travail, la reconnaissance du fait syndical et de la personnalité juridique des organisations syndicales,

⁹ G. Cornu, Vocabulaire juridique, 9^e édition, PUF, 2011.

¹⁰ L-E-A. Lariçe et G. Bonjean, Explication méthodique des « Institutes » de Justinien, Tome I, Editions A. Durand et Pedone-Lauriel, 1878, Paragraphe 817.

en 1884, a permis l'émergence d'accords collectifs. A l'image de tout contrat, la convention collective obéit aux mécanismes du droit des obligations. Mais, fruit d'une négociation, elle laisse place à un grand nombre de spécificités.

Sous-section 2 – L'avènement de la négociation collective

20. Naissance des conventions collectives de travail, comme contrat collectif.-

Par la loi Waldeck-Rousseau du 21 mars 1884 est reconnue possible la constitution de syndicats en France. Dès lors, tant les employeurs que les salariés peuvent se réunir en vue de promouvoir leurs intérêts. La première convention collective est signée le 29 novembre 1891 entre les syndicats de mineurs et les compagnies houillères du Pas-de-Calais. Négociée à l'issue d'une grève, elle reconnaissait en premier lieu la qualité d'interlocuteurs crédibles par l'organisation patronale des organisations syndicales de salariés. Toutefois, à cette époque, la convention collective n'est rien d'autre qu'un contrat suivant le régime juridique de droit commun prévu dans le Code civil. En théorie, seuls les signataires et leurs éventuels adhérents, en tant que mandants, sont liés par les obligations qu'elle contient. Dans la pratique, l'employeur appliquait à l'ensemble de ses salariés les stipulations de l'accord, indistinctement de leur appartenance syndicale ou non.

21. Naissance d'un régime juridique propre aux conventions collectives.-

Il faut attendre une loi du 25 mars 1919 pour qu'un cadre législatif soit donné aux conventions collectives. Ce texte emporte de nombreuses conséquences. Pour la première fois, son effet obligatoire est reconnu *erga omnes* : elle s'impose à tous les salariés qui entrent dans son champ d'application. Un régime juridique spécifique aux accords collectifs émerge alors. Son impact est relatif puisque de nombreuses grèves se produisent, le dialogue entre les partenaires sociaux étant encore peu efficace. Un pas est franchi par la loi du 24 juin 1936 : la convention collective demeure un contrat mais acquiert en outre la qualité de « loi professionnelle » en raison de son caractère contraignant. De plus, la procédure d'extension qui permet d'imposer l'application d'un accord conclu par des organisations représentatives à l'ensemble d'une profession est créée. La convention collective peut déroger dans un sens plus favorable à la loi et aux règlements, le principe de faveur est réglementé. La même année, le 31 décembre, une loi sur les procédures de conciliation et d'arbitrage est votée. Aux termes de ce texte, dans certains secteurs professionnels tels que l'industrie et le commerce, la grève et le lock-out ne sont possibles qu'à l'issue d'une procédure de conciliation et d'arbitrage.

22. La reconstruction, après la Seconde Guerre Mondiale, du droit de la négociation collective.- Sous le régime de Vichy, les organisations syndicales tant salariées que patronales sont dissoutes, la Charte du travail est instituée. Celle-ci interdit tout recours à la grève. Une ordonnance prise à Alger par le Gouvernement provisoire en juillet 1944 met fin à ce texte et la plupart des syndicats sont rétablis. La France libérée, en mai 1945, une circulaire du ministre du travail énonce les différents critères de la représentativité syndicale à laquelle est liée l'exercice de certaines prérogatives. Une loi du 23 décembre 1946 crée un nouveau cadre pour la négociation de conventions collectives. Toutefois, il s'agit d'un texte donnant de nombreux droits à l'Etat qui peut, en cas d'échec des discussions, se substituer aux parties : très peu d'accords sont conclus.

23. D'une négociation de branche à une négociation d'entreprise.- En 1948, les organisations syndicales considérées comme représentatives sont désignées. Puis, la loi du 11 février 1950 marque un véritable tournant. Elle reconnaît la liberté des partenaires sociaux de négocier sur les salaires et les conditions de travail. La possibilité de conclure des accords collectifs au niveau des entreprises est admise. La négociation d'entreprise va alors commencer à s'organiser, même si les matières sur lesquelles elle porte sont encore limitées. La négociation de branche dont l'objectif principal était d'éviter les distorsions de concurrence entre les entreprises d'un même secteur économique au détriment des salariés subit une première entaille : la négociation d'entreprise, qui favorise la prise en compte des intérêts communs d'une communauté de travailleurs.

24. Consécration d'un droit des travailleurs à la négociation collective.- Après les événements de mai 1968, une loi du 27 décembre de la même année accorde de nouveaux droits collectifs aux salariés, le monopole syndical de la négociation collective est confirmé par l'institution des délégués syndicaux. Puis, la loi du 13 juillet 1971 reconnaît l'existence « d'un droit des travailleurs à la négociation collective » : celui-ci peut alors s'exercer tant au niveau de la branche que dans l'entreprise. Les accords d'entreprises et d'établissements peuvent désormais porter sur les mêmes thèmes que les conventions collectives de branche. Les salariés sont réellement détenteurs d'un droit à l'élaboration de leurs conditions de travail par l'intermédiaire de leur droit à la négociation collective.

25. D'une négociation « à chaud » à une négociation « à froid ».- Jusqu'alors, la négociation se tenait essentiellement dans des situations de conflits afin d'y mettre un terme. Le droit conventionnel, élaboré au niveau des entreprises, n'était donc que parcellaire et

n'avait pas pour objet de créer un statut collectif adapté aux salariés et négocié par eux avec l'employeur. A compter de 1982, on assiste à l'avènement d'une négociation obligatoire dans le but de fixer des rendez-vous périodiques entre les partenaires sociaux pour que ceux-ci définissent les règles les plus adaptés à la communauté des travailleurs de la branche ou de l'entreprise, dans un climat plus serein et moins passionnel. Ce n'est toutefois pas nécessairement une démarche de prévention qui incombe à l'employeur. De telles obligations pouvaient exister antérieurement dans d'autres systèmes juridiques.

Section 2 – Les obligations de négocier en droit comparé

26. C'est aux Etats-Unis qu'une obligation de négocier dans les relations collectives de travail a vu le jour dans les années 1930. Le modèle américain s'est ensuite diffusé dans le continent nord-américain ou au Japon, pour des raisons historiques (sous-section 1). Puis la notion de négociation imposée s'est répandue au sein des Etats membres de l'Union Européenne, la France y occupant une place importante (sous-section 2).

Sous-section 1 – L'influence du modèle américain

27. Dès la première moitié du 20^{ème} siècle, une obligation de négocier a été créée aux Etats-Unis (§1). Celle-ci a inspiré le législateur canadien dans l'élaboration du cadre légal de la négociation collective (§2). De plus, l'Histoire explique l'existence d'un système assez proche au Japon à partir des années 1950 (§3).

§1. La négociation collective aux Etats-Unis

28. Dans le système de relations professionnelles existant aux Etats-Unis, la négociation collective est centrale, ayant un rôle analogue à celui que joue le législateur en droit français. Le droit du travail américain se caractérise sur ce point par la volonté des différents acteurs de limiter l'immixtion de l'Etat dans les rapports entre employeurs et salariés. A compter de 1935, le Congrès est intervenu, à la demande des organisations syndicales pour reconnaître aux travailleurs des droits à l'organisation et à la négociation collective et mettre fin aux décisions unilatérales de l'employeur. Dans cette intervention, l'idée de privilégier, dans les négociations, les principes de la liberté contractuelle est prédominante.

29. Le Wagner Act, de 1935, prévoyait une certification de l'interlocuteur syndical exclusif de l'employeur, dès lors que les salariés avaient manifesté leur intention d'être représentés par un syndicat, par une commission chargée de surveiller l'application de cette loi, le National Labor Relations Board¹¹ qui vérifie qu'il bénéficie du soutien de la majorité des salariés de l'unité de négociation. La demande du syndicat de négocier fait naître une obligation à la charge de l'employeur. Le National Labor Relations Board a, au fil des années, imposé la notion négociation de bonne foi. Celle-ci, fondée sur un rapport de force, reste spontanée. Les parties ne sont pas tenues de conclure mais leur comportement doit être conforme à la bonne foi (I). Le respect de ce principe est encadré par le National Labor Relations Board et des sanctions sont prononcées quand il est ignoré (II).

I. Le devoir de négocier de bonne foi

30. Le National Labor Relations Act qui résulte du Wagner Act modifié en 1947 et en 1959 définit la négociation collective comme « l'obligation mutuelle de l'employeur et des représentants des salariés de se rencontrer à des moment mutuellement acceptables, et de discuter de bonne foi [...] ; mais une telle obligation ne contraint pas les parties à accepter une proposition ni à faire une concession »¹². Le National Labor Relations Board, se fondant sur ce texte, a défini la bonne foi comme la volonté d'arriver à un accord d'une part (A) et par l'existence d'actes qui font présumer la mauvaise foi de leurs auteurs d'autre part (B).

A – La définition de la bonne foi

31. **Faisceau d'indices caractérisant la mauvaise foi.-** Le National Labor Relations Board a dégagé quatre indices qui permettent de caractériser la mauvaise foi de l'une des parties dans la négociation. D'abord, l'utilisation de tactiques dilatoires aux fins de discréditer le syndicat auprès des salariés afin qu'il ne soit plus considéré comme représentatif en changeant brusquement de positions au moment où un accord va être conclu doit être sanctionné¹³. De même, lorsque l'employeur, dès la certification de l'organisation syndicale,

¹¹ S. Jauffret-Epstein, Le devoir de négocier de bonne foi en droit du travail américain, Revue internationale de droit comparé, 1982, p1123 et s.

¹² Article 8, d, du National Labor Relations Act : « *For the purposes of this section, to bargain collectively is the performance of the mutual obligation of the employer and the representative of the employees to meet at reasonable times and confer in good faith with respect to wages, hours, and other terms and conditions of employment, or the negotiation of an agreement or any question arising thereunder, and the execution of a written contract incorporating any agreement reached if requested by either party, but such obligation does not compel either party to agree to a proposal or require the making of a concession* »

¹³ Cour Suprême des Etats Unis, National Labor Relations Board contre Altex Manufacturing Company, 1962.

adresse des courriers aux salariés afin de compromettre la réputation de celle-ci, il contrevient à son devoir de négociier de bonne foi¹⁴.

32. En outre, le fait de poser des conditions à l'ouverture des négociations illustre, pour le National Labor Relations Board, une volonté de les faire échouer¹⁵. Enfin, dans l'hypothèse où toutes les offres sont refusées et qu'elles ne font pas l'objet de proposition, la mauvaise foi est caractérisée¹⁶. La technique du faisceau d'indices est utilisée, le National Labor Relations Board se livre à un contrôle des faits et peut également retenir la mauvaise foi de l'organisation syndicale. Certains actes établissent une présomption de mauvaise foi de leur auteur.

B – La présomption de mauvaise foi

33. L'interdiction de prendre des décisions unilatérales.- Tout d'abord, l'acte unilatéral de l'employeur est considéré comme une violation de la loi devant être sanctionnée comme le refus de négocier¹⁷. Il ressort en effet de la loi que l'équilibre des relations professionnelles doit être réalisé par la négociation collective. Accepter les décisions unilatérales de l'employeur conduit à minimiser le rôle de celle-ci. Pour autant, le National Labor Relations Board admet que l'employeur puisse retrouver, lorsque la négociation est bloquée, son pouvoir de direction. Deux conditions sont toutefois posées : il doit avoir négocié de bonne foi et les mesures prises unilatéralement ne peuvent pas être plus favorables pour les salariés que celles qui avaient été proposées à l'organisation syndicale¹⁸. En dehors de cette hypothèse, exceptionnellement, la décision unilatérale est admise en raison de la nécessité économique¹⁹ et dans le cas où elle existait déjà dans l'entreprise avant la négociation sous cette forme²⁰.

34. Le devoir d'information.- Ensuite, l'employeur doit fournir au syndicat toutes les informations nécessaires pour mener la négociation. Certaines sont présumées comme telles dès lors qu'elles touchent aux salaires et à des données personnelles des salariés.

¹⁴ Cour Suprême des Etats Unis, National Labor Relations Board contre Dixie Highway Express Inc, 1965.

¹⁵ Cour Suprême des Etats Unis, National Labor Relations Board contre Pecheur Lozenge Company, 1954.

¹⁶ Cour Suprême des Etats Unis, National Labor Relations Board contre Benson Products, 1946.

¹⁷ Cour Suprême des Etats Unis, National Labor Relations Board contre Katz, 1962.

¹⁸ Cour Suprême des Etats Unis, National Labor Relations Board contre Bi-Rite Foods Inc, 1964.

¹⁹ Cour Suprême des Etats Unis, National Labor Relations Board contre AFTRA, 1968.

²⁰ Cour Suprême des Etats Unis, National Labor Relations Board contre LRRM, 1974.

L'organisation syndicale doit apporter la preuve de son besoin d'avoir accès à d'autres documents pour que l'employeur soit contraint de les lui procurer.

35. L'obligation de signer un écrit.- Enfin, dès lors qu'il s'agit d'un contrat collectif entre l'employeur et les salariés représentés par l'organisation syndicale, un simple accord oral ne suffit pas. Si l'une des parties refusait de signer un écrit, la négociation serait considérée comme viciée. Les pratiques des parties dans la négociation sont en réalité peu contrôlées.

36. L'usage d'armes économiques par les parties.- La Cour Suprême a considéré que l'usage de la grève partielle par le syndicat ou du lock-out par l'employeur pouvait s'inscrire dans la négociation sans que celle-ci soit considérée comme menée de mauvaise foi. Il s'agit pour elle d'armes économiques que les parties peuvent utiliser : le National Labor Relations Board ne peut alors exercer de contrôle sur ceux-ci.

II. Le contenu, réglementé, de la négociation et les sanctions de la mauvaise foi

37. Si le devoir de bonne foi s'impose aux parties dans la négociation collective, il apparaît en réalité que seuls certains thèmes sont concernés. Le blocage de la négociation par l'une d'elles doit en outre être qualifié de raisonnable, sans quoi la mauvaise foi peut être caractérisée (A). Dans un tel cas, des sanctions pèsent sur cette partie (B).

A – Thèmes de négociation et caractère raisonnable des parties

38. Les thèmes de négociation.- L'obligation de négocier de bonne foi ne porte pas sur tous les sujets de négociation : il n'existe un tel devoir que pour les salaires, horaires et autres conditions de travail. Le National Labor Relations Board distingue les sujets obligatoires pour lesquelles la bonne foi dans la négociation est requise et les sujets autorisés de négociation. Pour ces derniers, un arbitrage est fait entre le pouvoir de direction de l'employeur et le droit des salariés à participer à l'élaboration de leurs conditions de travail. C'est uniquement lorsque des emplois sont en jeu que le sujet autorisé de négociation devient un sujet obligatoire. Le juge doit, selon la Cour Suprême, se livrer à un contrôle des faits²¹.

²¹ Cour Suprême des Etats Unis, National Labor Relations Board contre General Motors, 1977.

39. Le caractère raisonnable des parties.- Il résulte du National Labor Relations Act que « nul ne peut être obligé à accepter une proposition ni à faire une concession ». Toutefois l'obligation de bonne foi et ce principe peuvent entrer en concours. Le juge doit alors contrôler le caractère raisonnable de la clause introduite par l'une des parties au regard de la bonne foi qui s'impose à elles. Le manque de caractère raisonnable d'une disposition de l'accord constitue un simple indice de la mauvaise foi qui doit être corroborée par d'autres actes.

40. Ce caractère raisonnable de la négociation a également donné lieu à l'apparition de deux principes dégagés par la Cour Suprême. D'abord, une des parties peut toujours refuser de changer de position dans le cadre d'une négociation sur un sujet obligatoire sans être considérée de mauvaise foi²². De plus, le National Labor Relations Board ne peut s'immiscer dans la négociation dès lors que le poids économique de l'organisation syndicale, ou sa représentativité, sont limités : « les termes des relations entre employeur et salariés doivent être fixés librement en fonction de leur force économique respective »²³. Dans un tel cas, il ne peut considérer que l'employeur est de mauvaise foi²⁴.

B – Sanctions de la mauvaise foi

41. Les sanctions imposées par le National Labor Relations Board.- L'action du National Labor Relations Board lorsqu'il constate une pratique déloyale de travail est encadrée par la loi. Il dispose d'un pouvoir d'injonction à la partie en tort par le biais du « *cease and desist order* »²⁵ par lequel il ordonne à la partie coupable de cesser sa conduite illégale, de mauvaise foi, et à manifester sa bonne foi par un acte positif. Toutefois, ses ordres ne sont pas exécutoires, il doit nécessairement demander au juge de leur donner cette qualité si la partie demeure récalcitrante. De plus, il dispose également d'actions devant les juridictions compétentes aux fins d'alourdir les éventuelles amendes, ou d'attribuer à la partie lésée des dommages-intérêts.

²² Cour Suprême des Etats Unis, National Labor Relations Board contre Herman Sausage Company, 1960.

²³ S. Jauffret-Epstein, Le devoir de négocier de bonne foi en droit du travail américain, Revue internationale de droit comparé, 1982, p1138.

²⁴ Cour Suprême des Etats Unis, National Labor Relations Board contre Insurance Agents' International Union, 1960.

²⁵ Littéralement, ordre de cessation et de renoncement. Il s'agit d'une injonction consistant à obliger la partie coupable de mauvaise foi à cesser sa conduite illégale et à manifester sa bonne foi par un acte positif.

42. Les sanctions imposées par le juge.- Le juge, saisi par le National Labor Relations Board peut imposer une clause dans l'accord collectif, mais aussi exiger de l'employeur ayant négocié de mauvaise foi qu'il attribue rétroactivement à ses salariés les avantages qu'il aurait attribué s'il avait été de bonne foi. Il faut noter que la sanction de la pratique déloyale de travail appartient à la compétence exclusive du National Labor Relations Board, le juge se limitant à exercer un contrôle judiciaire sur les ordonnances de cet organe. Un système juridique assez proche existe au Canada.

§2. La négociation collective au Canada

43. Le Canada étant une fédération d'Etats, chacun d'eux dispose d'un Code du travail reprenant essentiellement les dispositions existantes au niveau fédéral. Le Code du travail du Québec, en son article 53, dispose que les deux parties à la négociation collective doivent négocier avec diligence et bonne foi²⁶. L'article 50 a) du Code canadien du travail impose aux parties deux obligations distinctes : l'obligation de négocier de bonne foi et l'obligation de faire tout effort raisonnable pour conclure une convention collective (I). Un organe *ad hoc*, comme aux Etats-Unis, est saisi dans le cas où l'une des parties manquerait à ses obligations, s'exposant à des sanctions (II).

I. Les obligations incombant aux parties

44. L'obligation de négocier de bonne foi n'est pas définie par les textes. La doctrine a dégagé plusieurs éléments qui la composent : une obligation de reconnaissance du syndicat, une obligation de diligence et une obligation de négocier avec l'intention réelle de conclure une convention collective²⁷.

45. L'obligation de reconnaissance de l'interlocuteur syndical.- Le législateur québécois intervient peu dans la définition des conditions de travail des salariés. Celles-ci sont déterminées par des conventions collectives négociées entre l'employeur et un « agent négociateur accrédité » : ce dernier doit être accepté comme porte-parole exclusif des salariés. Ainsi, l'employeur qui refuserait de le rencontrer ou qui négocierait directement avec les

²⁶ J-P. Villagi, La convention collective et l'obligation de négocier de bonne foi : les leçons du droit du travail, Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 1996.

S. Spano, La négociation collective sous le régime du Code canadien du travail – recours en cas d'impasse dans un conflit du travail, Bibliothèque du Parlement, 2009.

²⁷ R-P. Gagnon, L. Lebel et P. Verge, Droit du travail, Les presses de l'Université Laval, 1991.

salariés ou avec un autre syndicat, non-accrédité, viole son obligation de bonne foi dans la négociation. Cette obligation ne repose donc que sur la partie patronale.

46. L'obligation de diligence.- L'obligation de diligence pèse, elle, sur les deux parties à la négociation. Elle contraint les parties à engager un dialogue constructif dans un rythme raisonnable et à ne pas utiliser de manœuvres dilatoires. La jurisprudence²⁸ considère par exemple que le fait d'assortir l'ouverture de la négociation de conditions sans rapport avec la détermination du régime collectif de travail est contraire à cette obligation. Toutefois, l'employeur qui ne se présente qu'à certaines réunions de négociations et non à toutes ne sera pas nécessairement sanctionné pour l'inexécution de cette obligation dès lors qu'il a manifesté une intention de conclure.

47. L'intention de conclure.- Celle-ci implique un comportement des parties de nature à engager une négociation positive. En cas de contentieux, la bonne foi sera caractérisée dès lors qu'apparaît « une recherche apparente de solutions bilatérales et synallagmatiques, une attitude démontrant un effort véritable et réel d'entente »²⁹. Pour autant, il n'existe pas d'obligation de conclure : les parties doivent uniquement tenter de s'entendre. Cette obligation de négocier de bonne foi est donc une simple obligation de moyen et non de résultat. Il faut cependant relever que s'il apparaît que la négociation est feinte, le Conseil canadien des relations industrielles pourra intervenir si l'une des parties dépose une plainte.

II. Les sanctions des obligations

48. L'obligation de négocier de bonne foi dans le temps.- L'obligation de négocier de bonne foi ne présente pas de caractère continu. Les conventions collectives, au Canada, sont conclues pour des durées limitées : aussi pendant l'application de celles-ci, l'obligation de négocier n'existe pas. Elle est donc temporaire et périodique, liée à la conclusion ou au renouvellement d'une telle norme. Cependant, lorsqu'une organisation syndicale est accréditée pour mener une grève ou que l'employeur exerce son droit de lock-out, il semble que l'obligation de négocier de bonne foi subsiste afin de guider les négociations permettant de mettre fin au conflit.

²⁸ Tribunal du travail du Canada, Association des employeurs maritimes et Association internationale des débardeurs, 1986.

²⁹ Tribunal du travail du Canada, Nunez contre Lloyd's Electronics Limitée, 1978.

49. L'intervention du Conseil canadien des relations industrielles.- Le Code canadien du travail prévoit différents dispositifs faisant intervenir diverses autorités pour régler le différend existant entre les parties. Tout d'abord, il est possible de recourir à l'arbitrage exécutoire : la partie qui s'estime lésée, dans sa plainte auprès du Conseil canadien des relations industrielles a la possibilité de lui demander de rendre une ordonnance renvoyant le litige à l'arbitrage exécutoire. Une telle demande ne peut être présentée que dans certains cas, limitativement énoncés par le Code canadien du travail : en présence d'une clause en ce sens dans la convention collective³⁰, d'une pratique déloyale de travail lorsque l'employeur est intervenu dans les affaires syndicales³¹, ou aux fins de conclure la première convention collective dans une unité de négociation³².

50. L'intervention du ministre du Travail.- Aux termes de l'article 105 du Code canadien du travail, le ministre du Travail nomme un médiateur afin d'aider les parties à régler leur différend dans l'hypothèse où les négociations seraient bloquées. De plus, les articles 71 à 78 du même Code prévoient la possibilité d'avoir recours à la conciliation lorsque les négociations ont échoué. En outre, le ministre peut ordonner au Conseil canadien des relations industrielles de prendre les mesures nécessaires pour susciter des conditions favorables au règlement des désaccords ou différends³³, ou soumettre à un scrutin la dernière offre de l'employeur³⁴. Ces sanctions conduisent essentiellement à contraindre les parties à conclure un accord.

51. Sanction pénale.- Une autre sanction, de nature pénale, pèse sur la partie qui négocierait de mauvaise foi. Il faut toutefois relever que les articles 141 et 144 du Code de procédure pénale ne visent que l'employeur. Ainsi, l'organisation syndicale n'est pas sanctionnée pénalement lorsqu'elle manque à son obligation de négocier de bonne foi. De même, au Japon, seul l'employeur encourt un tel risque.

³⁰ Article 79 du Code canadien du travail.

³¹ Article 94 du Code canadien du travail.

³² Article 80 du Code canadien du travail.

³³ Article 107 du Code canadien du Travail.

³⁴ Article 108 du Code canadien du Travail.

§3. La négociation collective au Japon

52. Le droit de la négociation collective au Japon³⁵ s'inspire, pour partie, du droit américain pour des raisons historiques. En effet, la Constitution applicable aujourd'hui a été rédigée au lendemain de la Seconde Guerre Mondiale alors que l'administration du Japon était sous la tutelle des Etats-Unis. Toutefois, l'obligation de négocier en droit japonais diffère de la bonne foi nord-américaine dans la négociation (I). Ainsi, le refus de négocier (II) et les sanctions qui en découlent (III) doivent également être distingués de ce qui existe en droit américain.

I. Nature de l'obligation de négocier

53. **L'obligation de négociation collective loyale.-** La Constitution du 3 novembre 1946 garantit en son article 28 aux travailleurs le droit de négocier collectivement en vue de conclure les accords ou conventions collectives de travail. Il s'agit dans cet ordre juridique d'un droit collectif fondamental tant à l'égard de l'Etat que de toute autre personne. La loi n°174 sur les syndicats du 1^{er} juin 1949 prévoit qu'une entrave à l'exercice légitime de ce droit est sanctionnée, dans certains cas, par la nullité et, dans d'autres, par des dommages-intérêts. La loi interdit à l'employeur de refuser de conduire des négociations collectives avec le représentant de ses salariés « sans invoquer pour cela des motifs justes et pertinents ». Ainsi, lorsque les travailleurs demandent l'ouverture de la négociation collective à leur employeur, celui-ci est en principe tenu d'accepter et doit la tenir loyalement.

54. **La partie salariée à la négociation collective.-** La négociation collective se tient le plus souvent au niveau de l'entreprise. Chaque syndicat qui y est constitué possède son propre droit de négociation. Si le système japonais s'inspire pour partie de celui qui existe aux Etats-Unis, il n'en est rien pour le pluralisme syndical. De plus, un groupe de travailleurs ne formant pas un syndicat a également accès à la négociation collective dès lors qu'il exprime la volonté commune de ceux qui le composent. L'employeur doit toutefois veiller à ce que la négociation avec un tel partenaire ne constitue pas une immixtion dans la gestion syndicale, dans l'hypothèse où ce groupe de salariés appartiendrait à une organisation syndicale, mais n'aurait pas de mandat de celle-ci pour négocier.

³⁵ T. Yamaguchi, L'obligation de négociation collective loyale en droit japonais, Revue internationale de droit comparé, 1984, p.291.

55. Thèmes de la négociation.- Il résulte de l'article 6 de la loi sur les syndicats³⁶ que ceux-ci peuvent négocier à leur profit ou celui de leurs membres en vue de conclure une convention collective ou à d'autres fins. Tant l'intérêt du syndicat que des syndiqués peuvent donc présider à la négociation. Toutefois, les salariés non syndiqués se trouvent exclus de ce droit et ils ne peuvent donner lieu à sa naissance que dans l'hypothèse où la décision que souhaiterait prendre l'employeur pour eux aurait des conséquences sur des salariés syndiqués³⁷. De plus, l'article 8 de la loi sur les syndicats³⁸ exclut de toute négociation, dans les entreprises, ce qui relève de leur administration et de leur fonctionnement : « les matières du droit de direction ». Le juge exerce un contrôle strict de leur contenu à partir des faits d'espèce.

II. Le refus de négocier

56. Il résulte du droit à la négociation collective une obligation pour l'employeur d'entrer en négociation lorsqu'une organisation syndicale lui en demande l'ouverture. S'il veut échapper à celle-ci, il doit invoquer l'existence d'un motif légitime, strictement caractérisé par le juge. Pour être considéré comme ayant rempli son obligation, le fait pour l'employeur de se rendre à la négociation ne suffit pas : il est nécessaire qu'il présente les arguments pour expliquer son refus de l'engager (A) ou la contre-proposition pour parvenir à un accord (B).

A – Les motifs de refus d'engager la négociation

57. La qualité de la partie salariés.- L'employeur ne peut refuser d'engager la négociation en invoquant un défaut de qualité de l'organisation syndicale qui en a demandé l'ouverture. Le droit à la négociation est reconnu à tout syndicat, le nombre d'adhérents et leur identité importe donc peu. Toutefois, dans l'hypothèse où la négociation ne porterait que sur une catégorie de salariés, l'employeur peut demander au syndicat d'apporter la preuve de la composition catégorielle des travailleurs syndiqués. A défaut, le refus d'ouvrir la négociation ne sera pas considéré comme un manquement.

³⁶ Loi n°174 sur les syndicats du 1^{er} juin 1949.

³⁷ Par exemple, le licenciement d'un salarié non syndiqué qui entraînerait une redistribution des tâches entre des salariés syndiqués.

³⁸ Précitée, note 36.

58. Le désaccord dans la définition de la procédure de négociation.- La convention collective peut prévoir les conditions dans lesquelles la négociation se tiendra. Cependant, dans le cas d'une première négociation ou en l'absence de dispositions sur ce point, des litiges relatifs à la date, la durée et au lieu de la négociation peuvent survenir. Ces règles doivent être fixées par les parties en tenant compte de la situation. En cas de contentieux, le juge tient compte de l'existence d'un motif légitime dans les exigences de l'employeur pour caractériser son refus de négociation.

59. Les thèmes de négociation.- La jurisprudence considère en certains cas que le refus de négocier de l'employeur est légitime. Par exemple, lorsque la négociation porte sur la nomination ou la révocation d'un membre de la direction de l'entreprise³⁹, l'organisation des services de l'entreprise comme la cession de l'entreprise ou la sous-traitance de certaines activités⁴⁰, il n'existe pas d'obligation de négocier. De même, les mesures de gestion du personnel n'entrent pas dans le champ de l'obligation de négocier quand elles n'ont pas d'impact pour les salariés syndiqués. Le juge a toutefois une conception extensive de cette notion d'impact⁴¹, les conséquences peuvent être indirectes et supposées. En outre, la modification du règlement intérieur, qui ne suppose normalement qu'une obligation de consultation, doit donner lieu à une négociation puisqu'elle a une influence sur les conditions de travail de tous les salariés. Au contraire, l'employeur peut refuser d'ouvrir une négociation pour modifier une convention collective au titre de « l'obligation de paix de la convention collective »⁴².

B – L'obligation de présenter une contre-proposition

60. Une obligation personnelle.- La jurisprudence a précisé le contenu de l'obligation de présenter une contre-proposition qui incombe à l'employeur. Il doit prendre personnellement place à la table des négociations : il ne peut se faire représenter par un tiers qui ne disposerait pas du pouvoir de négocier⁴³. Une grande importance est attachée à la capacité de négociation du représentant de l'employeur.

³⁹ Cour Suprême du Japon, Kei-Shû, 23 avril 1949.

⁴⁰ Tribunal Régional de Nagoya, Rô-Min-Shû, 6 mai 1963.

⁴¹ Tribunal Régional d'Osaka, Hanrei-Jihô, 1^{er} décembre 1973.

⁴² Aux termes de cette obligation, la convention en vigueur doit être respectée et aucune modification ne peut être demandée. Cette obligation est très forte pour les conventions à durée déterminée. Pour celles qui ont été conclues à durée indéterminée, un préavis d'au moins quatre-vingt-dix jours doit être respecté avant de pouvoir contraindre l'autre partie à se rendre à la négociation.

⁴³ Commission du travail de la région de Tokyo, 24 octobre 1967.

61. Une contre-proposition.- Celui-ci doit, conformément aux instructions du délégué, présenter à la partie salariée les documents qui lui permettent d'argumenter sa position. Il ne peut se contenter d'invoquer uniquement son refus d'engager la négociation. La présentation de ces éléments a pour but de permettre une discussion efficace, éventuellement sur la base d'une contre-proposition. S'il n'a pas cette attitude, le refus de l'employeur est illégitime.

62. Le refus de signer la convention négociée : une obligation de conclure dès lors que la négociation s'est engagée ?.- Dès lors que la négociation s'est engagée, il apparaît que l'employeur qui refuserait de donner sa signature à l'accord atteint sur la base de sa contre-proposition, rendant vains les efforts accomplis par les parties, se rendra coupable d'une pratique déloyale de travail⁴⁴ au titre de laquelle il est susceptible d'être sanctionné.

III. Les sanctions du manquement à l'obligation de négocier

63. L'importance des commissions du travail.- La loi sur les syndicats⁴⁵ offre une alternative au syndicat considérant que l'employeur refuse sans motif légitime la négociation ou ne la tient pas loyalement. Il peut porter plainte soit devant le tribunal, institution judiciaire, soit devant la commission du travail compétente, institution administrative. En pratique, cette dernière est saisie puisqu'elle dispose de pouvoirs étendus quasi-judiciaires. Elle juge en droit et en opportunité afin de déterminer les mesures appropriées en vue de restaurer de saines relations de travail.

64. Les ordonnances des commissions du travail.- La commission du travail, saisie d'une plainte, procède à une enquête et, au terme de celle-ci, rend une ordonnance. Elle peut ordonner à l'employeur de négocier au motif que la raison invoquée pour la refuser est insoutenable ou inexistante. Parfois, une ordonnance de post-notice est rendue, elle impose à l'employeur d'apposer une affiche aux vues de tous, dans laquelle il présente ses excuses pour son acte passé et s'engage pour le futur à ne pas le renouveler⁴⁶. L'employeur qui ne respecterait pas l'ordonnance est passible d'une forte amende et d'une peine d'emprisonnement conformément à l'article 28 de la loi sur les syndicats⁴⁷. Cependant, il

⁴⁴ Commission centrale du travail du Japon, 7 mars 1973.

⁴⁵ Loi n°174 sur les syndicats du 1^{er} juin 1949.

⁴⁶ Les termes de l'affiche sont rédigés par la commission du travail qui en indique également la dimension et le lieu de l'affichage.

⁴⁷ Précitée, note 45.

n'existe pas, en droit japonais, de sanctions pénales attachées au refus de négocier. Une telle situation est également constatée dans de nombreux Etats membres de l'Union Européenne.

Sous-section 2 – La négociation imposée dans les Etats membres de l'Union Européenne

65. Dans la grande majorité des Etats membres de l'Union Européenne, il n'existe pas de négociation imposée, mais une obligation de conciliation des partenaires sociaux peut, dans certaines situations, être exigée (§1). Dans d'autres, une obligation de négocier existe, son efficacité est toutefois assez faible (§2).

§1. L'absence de négociation imposée, supplée par une obligation de conciliation

66. La majorité des systèmes juridiques des Etats membres de l'Union Européenne, en matière de négociation collective, ne prévoient pas la possibilité d'imposer aux partenaires sociaux d'engager des discussions en vue de conclure un accord (I) : ils sont libres de se saisir d'éventuels sujets, seule la négociation spontanée existe. Toutefois, dans certains cas particuliers, il existe des obligations de recourir à la négociation avant de s'engager dans la voie des conflits collectifs (II).

I. L'absence de négociation imposée

67. Deux pays, membres de l'Union Européenne, illustrent l'absence de négociation collective imposée dans leur ordre juridique interne : l'Italie⁴⁸ (A) et l'Espagne⁴⁹ (B).

A – En Italie

68. Niveaux de négociation.- En droit du travail italien, un accord national conclu entre le Gouvernement, les employeurs et les syndicats de salariés le 23 juillet 1993⁵⁰ définit les modalités des négociations collectives. Les thèmes abordés varient en fonction du

⁴⁸ Service des affaires européennes du Sénat, La négociation collective, document de travail, 2001.

L. Fulton, La représentation des travailleurs en Europe, Labour Research Department et ETUI (online), 2009.

⁴⁹ Service des affaires européennes du Sénat, La négociation collective, document de travail, 2001.

Dossier Internationaux, Espagne, Editions Francis Lefebvre, 2008.

L. Fulton, La représentation des travailleurs en Europe, Labour Research Department et ETUI (online), 2009.

⁵⁰ Accord intersectoriel tripartite du 23 juillet 1993,

<http://www.eurofound.europa.eu/eiro/1997/09/feature/it9709212f.htm>.

périmètre dans lequel elles se tiennent. Au niveau national interprofessionnel, dit interconfédéral, les dispositions minimales applicables à tous les salariés touchant tant aux relations individuelles qu'aux relations collectives de travail sont définies. Au niveau de la branche, ce cadre minimal est adapté en fonction du secteur d'activité⁵¹. Enfin, au sein des entreprises, les négociations ont pour objet la définition de l'organisation du travail et notamment, la mise en place de dispositifs de participation et d'intéressement des salariés.

69. Accord à durée déterminée et préconisation de paix sociale.- Les accords d'entreprises sont conclus pour une durée maximale de quatre ans entre l'employeur et la représentation syndicale unitaire. Cette dernière est composée pour deux tiers de représentants élus par le personnel et pour un tiers de représentants des syndicats représentatifs dans la branche dont dépend l'entreprise. L'accord du 23 juillet 1993, qui comporte à la fois des dispositions obligatoires et d'autres qui sont facultatives, préconisait une forme de paix sociale dans les mois entourant l'échéance de l'accord collectif : il était conseillé aux partenaires sociaux de s'abstenir de déclencher un conflit social. Dans les faits, cette préconisation n'est pas suivie et, en règle générale, le délai qui s'écoule avant la conclusion d'un nouvel accord est de plusieurs mois ou de plusieurs années.

70. Une contrainte créant une obligation de négocier voire de conclure ?.- Aussi, au niveau national et sectoriel, l'arbitrage du Gouvernement peut être requis par les partenaires sociaux. De plus, l'accord du 23 juillet 1993 prévoit, pour les accords de branche portant sur les salaires minimaux, que l'employeur doit verser aux salariés une indemnité indexée sur l'indice européen des prix à la consommation prévu pour l'Italie lorsque l'accord est échu depuis plus de trois mois et qu'aucun avenant n'a été conclu. Toutefois, on ne peut pas considérer qu'il s'agisse d'une véritable obligation de négocier ni de conclure puisque les textes prévoient une augmentation périodique des salaires minimaux sur ces mêmes bases. De telles contraintes n'existent pas non plus en Espagne.

B – En Espagne

71. Niveaux de négociation.- Le Statut des travailleurs, issu d'une loi de 1980 modifiée pour partie en 1994, détermine les niveaux de négociation : national, sectoriel et entreprise. De nombreux domaines du droit du travail donnent lieu à des négociations entre

⁵¹ Sont essentiellement abordés des sujets tels que les salaires minimaux, le temps de travail et les congés, la formation, la santé et la sécurité, et le recours aux travailleurs temporaires.

les partenaires sociaux⁵². Plusieurs accords nationaux ont été conclus depuis 2002, ils ont pour objet de déterminer l'évolution des salaires pendant l'année ou les deux années à venir en échange d'engagements du patronat en matière de stabilité de l'emploi. De plus, à partir de 2006, des accords tripartites ont été signés entre le Gouvernement, les organisations patronales et les syndicats pour engager une réforme du droit du travail⁵³.

72. Une évolution vers une préférence pour la négociation d'entreprise.- Le 23 juin 2011, le Parlement espagnol a approuvé un décret du Gouvernement sur la négociation collective. Ce texte a pour objectif de favoriser le niveau de l'entreprise. Il fixe notamment une date butoir pour conclure les accords, quatorze mois après le début des négociations. Jusqu'à ce terme, les précédents accords restent valides. Si, dans ce délai, syndicats de salariés et du patronat n'ont pas réussi à s'entendre, une médiation, sous l'égide des régions, est engagée. Le Statut des travailleurs prévoit, en outre, qu'aucune grève ne peut être décidée lorsqu'une telle procédure est en cours. De plus, le système conventionnel permet à un texte de niveau inférieur de déroger plus ou moins favorablement aux dispositions d'un accord de niveau supérieur.

73. Si l'obligation de négocier de bonne foi s'impose aux parties, comme dans le modèle américain, le juge ne contrôle que le déroulement de la négociation. Les partenaires sociaux ne sont donc pas contraints d'engager la négociation sur un thème ou sur un autre. De plus, le respect de la paix sociale dans les entreprises où des accords collectifs existent ne conduit pas à créer une obligation de négocier : la procédure de médiation arrivant à son terme, que son issue soit favorable ou non, les parties retrouvent le plein exercice de leurs différentes prérogatives. De telles procédures peuvent être imposées dans le droit de certains autres Etats membres de l'Union Européenne.

II. L'exigence du recours à une procédure de conciliation

74. En l'absence d'obligation stricte de négocier, lorsqu'une procédure de conciliation s'impose aux partenaires sociaux dans certaines hypothèses, il est possible de

⁵² La loi n'intervient pas en diverses matières telles que la durée des périodes d'essai, la durée du travail, le régime des heures supplémentaires...

⁵³ Accord de 2006 qui met en place une politique de subventions des entreprises qui embauchent sous forme de contrat à durée indéterminée.

Accord de 2010 qui contient des réformes sur l'âge de départ à la retraite, de la politique de l'emploi et de la formation professionnelle ; et qui instaure un parcours d'emploi personnalisé pour les chômeurs.

considérer qu'une contrainte pèse sur eux. Les systèmes juridiques au Danemark⁵⁴ (A) et en Allemagne (B) disposent de dispositifs en ce sens.

A – Le système danois

75. Une négociation collective nationale professionnelle.- La négociation collective occupe au Danemark une place centrale. Les partenaires sociaux négocient en effet des accords collectifs sur de nombreux thèmes et en assurent l'application. Ils sont essentiellement conclus par branche d'activité au niveau national, la négociation d'entreprise est assez faible même si elle tend à se développer. Comme en France, les accords s'appliquent à tous les salariés, qu'ils soient syndiqués ou non.

76. Une interdiction de recourir aux conflits collectifs pendant la vie de l'accord.- Tout au long de la vie de l'accord, tant la grève que le lock-out sont interdits si les revendications des parties relèvent de ses dispositions. Lorsque l'une des parties enfreint cette interdiction, de lourdes amendes peuvent être prononcées par le Tribunal du travail. Certains accords peuvent toutefois prévoir expressément que le respect de la paix sociale n'est pas imposé.

77. Une obligation de conciliation en cas d'échec du renouvellement de l'accord.- En revanche, lorsque survient l'échéance du terme de l'accord, les parties retrouvent la possibilité de recourir aux conflits collectifs. Un organe dépendant du ministère du travail a alors pour rôle, en cas d'échec des négociations, de déterminer un délai dans lequel les parties doivent arriver à un accord par le biais d'une conciliation. Dans l'hypothèse où aucun consensus n'est atteint, le Gouvernement peut se saisir des matières de l'accord échu et proposer au Parlement une loi reprenant les propositions du conciliateur. Dès lors, ce moyen de pression, par lequel le pouvoir législatif se substitue au dialogue social, a pour effet de créer une négociation imposée dont la sanction est le dessaisissement des organisations syndicales de salariés et d'employeurs. Une obligation assez proche pèse sur les partenaires sociaux en droit allemand.

⁵⁴ Service des affaires européennes du Sénat, La négociation collective, document de travail, 2001.
L. Fulton, La représentation des travailleurs en Europe, Labour Research Department et ETUI (online), 2009.

78. Niveaux de négociation.- En Allemagne⁵⁵, il convient de distinguer les conventions collectives des accords collectifs. Les premières sont conclues entre une ou des organisations syndicales et l'employeur ou l'organisation dont il est adhérent. Elles sont le plus souvent élaborées au niveau des Länder dans les branches professionnelles. Les seconds, sont négociés entre l'employeur et le comité d'établissement : leur champ d'application est donc limité par la qualité des parties. Les thèmes qu'ils peuvent aborder est restreint, puisque dès lors qu'une question est envisagée dans une convention collective, elle ne peut faire l'objet d'une disposition dans l'accord d'établissement et ce, même dans un sens plus favorable.

79. Une discipline des partenaires sociaux qui aboutit à la création d'une obligation de négocier.- En principe, la durée des conventions et accords collectifs est limitée. Tout au long de leur vie, une obligation de paix sociale s'impose aux partenaires sociaux, ils doivent s'abstenir de toute action collective portant sur les matières régies par ce texte tout au long de sa durée de validité. Les parties peuvent décider d'étendre dans le temps cette obligation après le terme de l'accord ou de la convention. Dans bon nombre d'entre eux, les partenaires sociaux s'imposent d'épuiser toutes les possibilités de négociation avant d'avoir recours aux conflits collectifs à l'échéance du terme. Lorsque cette procédure de conciliation échoue, l'administration du Land⁵⁶ peut intervenir. En pratique ce système fonctionne très bien et l'intervention de l'Etat est rare : les partenaires sociaux s'obligent à une certaine discipline. Dans d'autres pays, c'est la loi qui crée ces obligations.

§2. L'existence d'une obligation de négocier

80. On peut trouver des obligations de négocier, en dehors de la France, dans deux Etats membres de l'Union Européenne. Elles dépendent essentiellement du fonctionnement de la négociation collective dans ceux-ci. Au Royaume-Uni, la notion d'unité de négociation issue du système juridique américain revêt une grande importance (I). Dans un Etat récemment intégré dans l'Union Européenne, la Roumanie, une obligation de négocier existe au niveau des entreprises avec une efficacité toute relative (II).

⁵⁵ Service des affaires européennes du Sénat, La négociation collective, document de travail, 2001.

Dossier Internationaux, Allemagne, Editions Francis Lefebvre, 8^e édition, 2007.

L. Fulton, La représentation des travailleurs en Europe, Labour Research Department et ETUI (online), 2009.

⁵⁶ Etat fédéré de l'Allemagne : seize Länder existent aujourd'hui.

I. L'obligation de négocier au Royaume-Uni

81. La reconnaissance du syndicat.- L'Employment Relations Act de 1999⁵⁷, venant modifier le Trade Union and Labour Relations Act de 1992⁵⁸, a introduit une nouvelle procédure de reconnaissance des syndicats. Elle permet à une ou plusieurs organisations syndicales de demander leur reconnaissance pour négocier. Auparavant, cette procédure dépendait uniquement de la volonté de l'employeur qui en avait l'initiative. Désormais, sous réserve de certaines conditions, le syndicat peut demander au chef d'entreprise de le considérer comme un interlocuteur compétent. S'il refuse, le Comité central d'arbitrage peut être saisi dans le cadre d'une procédure de reconnaissance forcée. Ce dernier vérifie que cette demande est susceptible de recueillir un certain assentiment de la part des salariés. Il appartient au syndicat de démontrer qu'il bénéficie du soutien des salariés. Deux conditions seront requises : avoir au moins 10% d'adhérents dans l'unité de négociation et être susceptible de recevoir le soutien de la majorité des membres de l'unité de négociation⁵⁹.

82. Le cadre de la négociation.- L'unité de négociation, concept propre aux systèmes juridiques anglo-saxons, ne correspond pas forcément à l'établissement ou à l'entreprise. Il peut y avoir dans un même établissement plusieurs unités de négociation. Le syndicat propose au Comité central d'arbitrage une délimitation de celle-ci : il s'agira de définir un collectif de salariés qui ont les mêmes intérêts.

83. Obligation de négocier à la charge de l'employeur à l'égard du syndicat reconnu.- La déclaration de reconnaissance forcée délivrée par le Comité central d'arbitrage permet au syndicat d'être reconnu par l'employeur pour négocier sur certains thèmes. Ils sont limitativement énoncés : ils portent sur les salaires, le temps de travail et les congés payés. L'employeur a alors une véritable obligation de négocier : en cas de refus d'engager la négociation, le syndicat dispose alors d'une action en exécution prévue à l'article 29 de l'Employment Relations Act de 1999.

84. Une obligation peu efficace.- L'efficacité de l'obligation de négocier existante au Royaume-Uni est relative. Plusieurs facteurs peuvent l'expliquer. Tout d'abord, seulement

⁵⁷ Employment Relations Act, 1999, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1999/26/contents>.

⁵⁸ Trade Union and Labour Relations Act, 1992, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1992/52/contents>.

⁵⁹ Service des affaires européennes du Sénat, La négociation collective, document de travail, 2001.

Dossiers Internationaux, Royaume-Uni, Editions Francis Lefebvre, 4^e édition, 2008.

L. Fulton, La représentation des travailleurs en Europe, Labour Research Department et ETUI (online), 2009.

un tiers des salariés sont couverts par la négociation collective en raison de la faible implantation des syndicats dans le secteur privé notamment. Ensuite, la délimitation d'unité de négociations conduit à distinguer de nombreuses catégories différentes de travailleurs pour lesquels il est compliqué d'élaborer un statut collectif commun. Enfin, il n'existe pas de tradition de négociation au niveau national ou sectoriel contrairement à ce que l'on peut trouver dans d'autres pays.

II. L'obligation de négocier en Roumanie

85. L'obligation de négocier en Roumanie : des effets limités.- En Roumanie⁶⁰, jusqu'en 2011, la négociation se tenait au niveau national, des secteurs d'activité et des entreprises. Le nouveau Code de dialogue social, rédigé avec le soutien de l'Union Européenne et du Fonds Monétaire International supprime l'élaboration de normes par les partenaires sociaux au niveau national. Au sein des entreprises, une obligation légale de négocier existe dès lors que l'effectif est supérieur à vingt-et-un salariés. Elle incombe à l'employeur qui a l'initiative de la négociation, celle-ci ne doit pas durer plus de soixante jours. En raison des règles de représentativité, il ne peut y avoir qu'un interlocuteur syndical dans l'entreprise, puisqu'il doit représenter au moins la moitié plus un des salariés de l'entreprise.

86. Son effet est toutefois limité puisque, dans de nombreuses sociétés assujetties, les accords conclus ne font que reprendre le contenu de la loi. De plus, la période de validité maximale d'un accord est de deux ans ce qui ne permet pas, en certaines matières, d'engager au sein des entreprises, des réformes sur le long terme. Enfin, le seuil d'effectif à compter duquel l'employeur est tenu d'engager la négociation conduit à exclure du bénéfice de la négociation collective la plupart des salariés.

⁶⁰ L. Fulton, La représentation des travailleurs en Europe, Labour Research Department et ETUI (online), 2009.

Chapitre II – La négociation imposée : mosaïque d’obligations à la seule charge de l’employeur ?

87. Permettant la participation des salariés à l’élaboration de leurs conditions de travail à des degrés divers selon le système juridique applicable, la négociation imposée semble peser essentiellement sur l’employeur. Si le droit français a déjà recours à ce dispositif pour favoriser la conclusion d’accords collectifs à différents niveaux (section 2), le droit international ne semble pas encore en user (section 1).

Section 1 – L’absence d’encadrement de l’obligation de négocier par le droit international

88. A la lecture des différents textes internationaux relatifs à la négociation collective, aucun principe relatif à une obligation de négocier ne semble se dégager (sous-section 1). En revanche, en droit de l’Union Européenne, les partenaires sociaux paraissent devoir engager une négociation en certains cas (sous-section 2).

Sous-section 1 – Une obligation de négocier dans le droit international ?

89. **L’article 4 de la Convention n°98 de l’OIT....-** La Convention n°98 de l’Organisation Internationale du Travail sur le droit d’organisation et de négociation collective du 1^{er} juillet 1949, et entrée en vigueur le 18 juillet 1951, est le seul texte portant sur la négociation collective dans le droit international. Elle fait partie des conventions qualifiées de « fondamentales » de cette organisation, la France l’a ratifiée en octobre 1951. En son article 4, elle précise que « des mesures appropriées aux conditions nationales doivent, si nécessaire, être prises pour encourager et promouvoir le développement et l'utilisation les plus larges de procédures de négociation volontaire de conventions collectives entre les employeurs et les organisations d'employeurs d'une part, et les organisations de travailleurs d'autre part, en vue de régler par ce moyen les conditions d'emploi ».

90. **... source d’une obligation de négocier ?.-** Plusieurs éléments de ce texte doivent être examinés. D’abord, cet article impose aux seuls Etats de prendre les mesures appropriées pour encourager et promouvoir le développement de la négociation collective. On ne peut donc pas en déduire qu’il leur est fait obligation de créer un dispositif de négociation

imposée. Dès lors, il s'agit essentiellement de favoriser et d'inciter les partenaires sociaux, la question de l'éventuelle sanction de leur défaillance ne semble pas être abordée ici. En conséquence, les Etats ayant ratifié la Convention sont seuls juges de l'opportunité d'élaborer un tel système.

91. De plus, quant à l'objet de ces négociations, il ressort de la lettre du texte que les conventions collectives doivent permettre aux partenaires sociaux de « régler les conditions d'emploi ». Il semble que cette notion doit être entendue dans une acception large, et non seulement dans un sens strict où elle aurait uniquement vocation à régler des domaines tels que l'embauche ou la rémunération. La négociation peut effectivement toucher à des matières collectives telles l'intéressement ou l'épargne salariale. Le droit syndical et son exercice sont également des thèmes pouvant être abordés

92. Une négociation volontaire qui ne peut donc être imposée.- Il est fait mention de la « négociation volontaire » entre les organisations d'employeurs et les organisations de travailleurs. Les mesures prises par les Etats ne sont donc, au sens de cette Convention, qu'incitatives. Il semblerait que la possibilité de leur imposer de négocier sur différents thèmes n'est pas envisagée. La mise en place d'un dispositif ayant pour finalité de permettre aux salariés de participer, par la voix de leurs représentants, à l'élaboration de leurs conditions d'emploi n'est pas exigée par les différentes conventions de l'OIT.

93. L'intervention non contraignante du Comité de la liberté syndicale.- Toutefois, il apparaît qu'un de ses organes, le Comité de la liberté syndicale constitué de la section institutionnelle du Bureau de l'OIT, peut s'exprimer sur l'exercice du droit de la négociation collective dans les Etats qui ont ratifié la Convention n°98. Sur plainte d'une ou plusieurs organisations syndicales, il en vérifie la conformité aux différentes conventions, en particulier celles qui tiennent au droit syndical⁶¹. Le Comité ne prononce que des recommandations, sans portée contraignante. On peut donc considérer qu'il n'existe pas en droit international d'obligation pour les Etats d'instituer des dispositifs de négociation imposée. Par certains aspects, en droit de l'Union Européenne, il semblerait que de telles contraintes puissent exister.

⁶¹ Notamment les Conventions n°87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical de 1948, et n°98 sur le droit d'organisation et la négociation collective de 1949.

Sous-section 2 – Le droit de l’Union Européenne, source d’obligations de négocier ?

94. En deux situations, le droit de l’Union Européenne paraît instituer des obligations de négocier. D’une part, elle peut être à la charge des partenaires sociaux dans le cadre du dialogue social européen (§1). D’autre part, une telle obligation semble également peser sur l’employeur, dans certaines entreprises, lorsque la mise en œuvre d’un comité d’entreprise européen est obligatoire (§2).

§1. L’absence d’obligations de négocier dans le dialogue social européen

95. Origines et fondement textuel du dialogue social européen.- Le dialogue social européen est apparu dans les années 1980. A compter du Traité d’Amsterdam, en 1997, deux articles sont intégrés au Traité instituant la Communauté économique Européenne⁶². Depuis le Traité de Lisbonne, en 2007, il est présent aux articles 153, 154 et 155 du Traité sur le Fonctionnement de l’Union Européenne.

96. Deux consultations successives.- Aux termes de ces articles, deux consultations des partenaires sociaux par la Commission européenne sont prévues lorsqu’elle envisage l’adoption d’un texte dans le domaine de la politique sociale. D’abord, celle-ci va porter sur l’orientation possible, c’est-à-dire sur le principe même de la réglementation. Puis, dans un second temps, si la Commission maintient sa volonté d’élaborer un texte en la matière, un projet sera soumis à l’avis des partenaires sociaux au niveau européen.

97. La négociation d’un accord au niveau de l’Union Européenne.- Après la première ou la seconde consultation, les partenaires sociaux peuvent « informer la Commission de leur volonté d’engager le processus visé à l’article 155. La durée de ce processus ne peut dépasser neuf mois⁶³ [...] ». Dès lors, une négociation s’engage entre eux aux fins de parvenir à un accord qui serait donc conclu au niveau de l’Union Européenne, la Commission se trouvant dessaisie du sujet. En cas d’échec des négociations, elle reprendra l’initiative pour pouvoir adopter une directive sur le thème qui avait été proposé. On peut noter que si la Commission joue un rôle important, il ne lui revient pas d’imposer la négociation : « elle ne peut que susciter, suggérer, inviter...⁶⁴ ».

⁶² Les articles 138 et 139.

⁶³ Article 154, paragraphe 4, du TFUE.

⁶⁴ B. Teysié, JCL. Travail Traité, Fascicule 92.10, Droit social européen - Sources, point 86.

98. La conclusion d'un accord collectif européen.- Aucun cadre légal n'est donné à l'accord collectif européen qui pourrait être conclu à l'issue de la négociation. Le droit commun des obligations devrait donc s'appliquer, seules les parties seraient alors liées. Le second paragraphe de l'article 155 du TFUE envisage alors les procédures par lesquelles l'extension de ses effets est effectuée : « soit selon les procédures et pratiques propres aux partenaires sociaux et aux États membres, soit, dans les matières relevant de l'article 153, à la demande conjointe des parties signataires, par une décision du Conseil sur proposition de la Commission ». La transposition de l'accord collectif européen peut se faire par deux voies : conventionnelle ou réglementaire.

99. Mise en œuvre de l'accord par voie conventionnelle.- L'accord collectif peut prévoir sa transposition dans les différents États par les partenaires sociaux, notamment lorsqu'il n'est pas relatif à l'un des domaines de l'article 153 du TFUE. Dans une telle hypothèse, on pourrait considérer qu'il existe pour ceux-ci une obligation de négocier, dès lors qu'ils sont adhérents de l'une des organisations ayant conclu l'accord, cette transposition. Toutefois, aucune sanction n'est prévue en cas d'inexécution, les syndicats d'employeurs et de salariés de niveau européen devront faire pression sur leurs membres pour que la mise en œuvre de l'accord soit effective. Il semble alors difficile qu'il s'agisse d'une obligation de négocier au sens strict.

100. Mise en œuvre de l'accord par voie réglementaire.- Lorsque l'accord porte sur l'une des matières visées à l'article 153 du TFUE, les signataires peuvent demander à la Commission européenne de faire une proposition de directive qu'elle soumettra au Conseil. Après l'adoption de celle-ci, il reviendra aux États de la transposer et donc indirectement de transposer l'accord. Les partenaires sociaux au niveau de chaque État membre peuvent être sollicités afin d'effectuer la mise en œuvre de la directive par le biais d'une norme conventionnelle. Cependant, en cas de défaillance, l'État intervient : on ne peut considérer cette intervention comme une sanction d'un manquement à une éventuelle obligation de négocier. Aussi, dans le cadre du dialogue social européen, il n'existe pas de négociation obligatoire. Un raisonnement analogue peut être tenu quant à la mise en place d'un comité d'entreprise européen⁶⁵.

⁶⁵ B. Teyssié, JCL. Travail Traité, Fascicule 15.70, Comité d'entreprise européen.
B. Teyssié, Le comité d'entreprise européen, JCP S 2011, 1489.

§2. La négociation pour la mise en place d'un comité d'entreprise européen : une négociation obligatoire ?

101. Fondements légaux.- Le comité d'entreprise européen est une instance représentative du personnel qui doit permettre la représentation des salariés d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises implantés dans l'Espace Economique Européen. Il a été créé par la directive du 22 septembre 1994⁶⁶ transposée en France par une loi du 12 novembre 1996⁶⁷. Une directive du 6 mai 2009⁶⁸ a repris, modifié et complété la précédente. Ces modifications ont été prises en compte par une ordonnance du 20 octobre 2011⁶⁹ qui a adaptée certaines dispositions du Code du travail qui lui sont consacrées. Toutes les entreprises et groupes de dimension communautaire⁷⁰ sont tenus de créer un comité d'entreprise européen.

102. La mise en place par accord.- La mise en place de cette instance peut se faire par un accord *sui generis*. Des dispositions spécifiques sont prévues pour les cas où celui-ci est antérieur à l'entrée en vigueur de la directive de 1994⁷¹ ou à sa loi de transposition⁷². Dans le régime actuel, l'initiative de la négociation appartient tant à l'employeur qu'aux salariés et à leurs représentants. Un groupe spécial de négociation est alors créé en vue de conclure avec l'employeur un accord instituant le comité d'entreprise européen. Des sanctions pénales sont prévues dans l'hypothèse où des entraves seraient apportées à la constitution du groupe spécial de négociation par l'article L. 2346-1 du Code du travail. L'employeur étant contraint d'engager la procédure de négociation lorsque les salariés ou leurs représentants en font la demande, conformément à l'article L. 2346-4 du même code, on pourrait considérer qu'une obligation d'ouvrir la négociation pèse sur lui.

⁶⁶ Directive n°94/45/CE du 22 septembre 1994 concernant l'institution du comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire ou dans les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs, JOUE 30 septembre 1994.

⁶⁷ Loi n°96-985 du 12 novembre 1996 relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises ou les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective, JO 13 novembre 1996.

⁶⁸ Directive n°2009/38/CE du 6 mai 2009 concernant l'institution du comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire ou dans les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs, refonte, JOUE 16 mai 2009.

⁶⁹ Ordonnance n°2011-1328 du 20 octobre 2011 portant transposition de la directive n°2009/38/CE du 6 mai 2009 concernant l'institution du comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire ou dans les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs, JO 21 octobre 2011.

⁷⁰ Pour leur identification, Cf. infra.

⁷¹ Précitée, note 66.

⁷² Loi du 12 novembre 1996, précitée, note 67.

103. La mise en place en l'absence d'accord.- Toutefois, aux termes de l'article L. 2343-1, il apparaît que le refus par l'employeur de mettre en place un groupe spécial de négociation ou d'engager les négociations dans un délai de six mois à compter de la réception de la demande d'ouverture de celles-ci, impose la constitution d'un comité d'entreprise européen dit légal. Bien que moins favorable pour lui que ne le serait la mise en place d'un comité d'entreprise européen conventionnel, l'existence de cette possibilité de refuser sans aucune autre sanction, induisant la mise en place d'une instance subsidiaire prévue par la loi, conduit à considérer qu'il n'existe pas en la matière d'obligation de négocier. Au contraire, en droit français, des négociations peuvent être imposées par les textes, le refus de les engager ayant des conséquences pénales.

Section 2 – Le négociation imposée dans le droit du travail français

104. La négociation imposée donne naissance, en France à deux catégories d'obligations qui sont caractérisées par leur finalité. Certaines tiennent à des événements de la vie de l'entreprise (sous-section 1) alors que d'autres ont été institutionnalisées par le législateur dans l'objectif de favoriser l'élaboration d'une « loi professionnelle » et la participation des salariés à l'élaboration de leurs conditions de travail (sous-section 2).

Sous-section 1 – L'existence d'obligations, *ad hoc*, de négocier

105. Une obligation de négocier peut peser sur les partenaires sociaux dans plusieurs situations. L'objectif premier de celles-ci n'est pas la tenue de la négociation mais la mise en place d'institutions représentatives du personnel (§1), la recherche d'une solution à un conflit ou la persistance d'un statut collectif (§2).

§1. Les obligations de négocier liées à la mise en place d'institutions représentatives du personnel

106. L'organisation des élections des délégués du personnel et des élus au comité d'entreprise.- Aux termes des articles L. 2314-2, L. 2314-4, L. 2324-3 et L. 2324-5 du Code du travail, l'employeur joue un rôle prééminent dans l'organisation des élections professionnelles dans l'entreprise, et notamment celles visant à élire les représentants des salariés au comité d'entreprise et les délégués du personnel. En application de ces textes, il lui appartient d'inviter les organisations syndicales intéressées à négocier le protocole d'accord

préélectoral et à établir les listes des candidats qu'elles souhaitent présenter. Cet accord a vocation à définir les modalités d'organisation et de déroulement des opérations électorales. L'absence d'invitation ou son irrégularité peut entraîner la nullité de la négociation. Indirectement, une véritable obligation de négocier semble peser sur l'employeur.

107. Une obligation générale de négocier.- De plus, la Cour de cassation considère qu'un délit d'entrave est caractérisé dans l'hypothèse où l'employeur refuserait d'ouvrir la négociation⁷³. Un salarié ou une organisation syndicale peut, en effet, demander l'organisation d'élections professionnelles. Conformément aux articles L. 2314-4 et L. 2324-5 du Code du travail, l'employeur est alors tenu d'engager la négociation du protocole d'accord préélectoral dans le mois suivant la réception de la demande. Les articles L. 2314-23 et L. 2324-21 du même code précisent que l'accord est nécessaire pour définir les conditions générales de tenue du scrutin : l'employeur ne peut organiser les élections sans avoir auparavant cherché à négocier.

108. Des obligations accessoires de négocier.- D'autres thèmes peuvent également être abordés au cours de la négociation préélectorale : la reconnaissance d'une unité économique et sociale, la modification du nombre et de la composition des collèges électoraux ou l'augmentation du nombre de représentants du personnel. Dans tous ces cas, un accord collectif est nécessaire. En cas d'échec des négociations, l'intervention du juge peut être demandée. Cependant il s'agit, d'une certaine manière, d'obligations de négocier pesant sur l'employeur. Ainsi, par exemple, lorsque les critères de l'unité économique et sociale sont réunis⁷⁴, il doit l'engager.

109. La configuration d'un groupe.- De même, il résulte des articles L. 2331-1 et suivants du Code du travail, qu'un comité de groupe doit être constitué lorsque sa configuration a été reconnue. L'article L. 2333-5 du même code précise que cette configuration est définie à la suite d'un accord des parties intéressés ou, à défaut, par une décision de justice. Une obligation de négocier sur la question de la reconnaissance du groupe semble donc peser sur la partie patronale. Toutefois, on ne peut pas considérer qu'elle soit tenue d'en avoir l'initiative. Chacune des organisations syndicales pourra en faire la demande ; l'employeur, chef de l'entreprise dominante, devra alors engager la négociation aux fins de reconnaître l'existence du groupe et d'en déterminer les limites. La sanction

⁷³ Cass. Crim., 14 mai 1991, n°90-83.131.

⁷⁴ Cf. infra.

pénale prévue à l'article L. 2335-1 du Code du travail ne s'appliquera normalement qu'en cas de mauvaise foi dans la négociation, mais une interprétation extensive de ce texte pourrait conduire à penser que le refus par le chef de l'entreprise dominante d'ouvrir la négociation, alors qu'une organisation syndicale en ferait la demande, pourrait être sanctionné en ce qu'il caractériserait « le fait de ne pas constituer et réunir pour la première fois le comité de groupe ». Des obligations de négocier, clairement reconnues, existent dans d'autres domaines.

§2. Les autres obligations de négociateur

110. L'exercice du droit de grève dans les services publics.- Aux termes des articles L. 2512-1 et suivants du Code du travail, un régime particulier est prévu pour l'exercice du droit de grève par les personnels dans les services publics. Le dernier alinéa de l'article L. 2512-2 du même code prévoit ainsi que « les parties intéressées sont tenues de négocier pendant la durée du préavis ». Celui-ci est adressé par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives « cinq jours francs avant le déclenchement de la grève à l'autorité hiérarchique ou à la direction de l'établissement, de l'entreprise ou de l'organisme intéressé ». Dans l'hypothèse où l'employeur ne remplirait pas son obligation de négocier, on aurait pu penser que les salariés pourraient solliciter le paiement des jours de grèves au motif que son attitude les aurait contraints à rejoindre le mouvement collectif. La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 30 avril 2009⁷⁵, a rejeté cette demande.

111. D'autre part, l'employeur peut s'attacher à démontrer que les organisations syndicales n'ont pas rempli leur obligation de négocier, dans ce cas le juge peut suspendre le préavis en raison de l'irrégularité de la grève envisagée. En pratique, cette obligation de négocier, qui n'est pas directement sanctionnée, a essentiellement pour objet de permettre à la puissance publique de prendre les mesures adéquates pour limiter les conséquences du conflit collectif sur les administrés.

112. La dénonciation d'un accord collectif.- Le deuxième alinéa de l'article L. 2262-10 du Code du travail prévoit qu'en cas de dénonciation d'un accord collectif par la totalité des signataires employeurs ou salariés, « une nouvelle négociation s'engage, à la demande d'une des parties intéressées, dans les trois mois qui suivent la date de la dénonciation ». Cette négociation porte sur le remplacement de l'accord dénoncé par un éventuel accord de substitution. On peut alors s'interroger sur l'existence, sur le fondement de

⁷⁵ CA Paris, 30 avril 2009, n°08-2452.

ce texte, d'une obligation de négocier à la charge de l'employeur. La Cour de cassation a tranché la question en considérant que « l'employeur ne peut s'abstenir de toute négociation et tenter, par une procédure de modification des contrats de travail, faire échec aux règles »⁷⁶ de ce texte. Toutes les organisations syndicales représentatives devront être invitées à la négociation, celle-ci se tenant nécessairement après la dénonciation.

113. La mise en cause d'un accord collectif.- De la même façon, aux termes de l'article L. 2261-14 du Code du travail, et plus particulièrement de son dernier alinéa, « une nouvelle négociation doit s'engager dans l'entreprise concernée, à la demande d'une des parties intéressées, dans les trois mois suivant la mise en cause, soit pour l'adaptation aux dispositions conventionnelles nouvellement applicables, soit pour l'élaboration de nouvelles stipulations ». Ici aussi, la négociation portera sur la conclusion d'un accord de substitution. On peut considérer qu'une obligation de négocier pèsera sur le nouvel employeur, et ce même si l'entreprise d'accueil dispose de son propre statut conventionnel.

114. Sanction du manquement à l'obligation de négocier un accord de substitution.- Tant dans le cas d'une dénonciation que dans celui d'une mise en cause d'un accord collectif, la chambre sociale de la Cour de cassation a considéré que si l'employeur manque à son obligation de négocier, la période de survie provisoire de celui-ci ne sera pas prolongée⁷⁷. De plus, dans l'hypothèse d'une dénonciation, le refus de l'employeur de négocier ne met pas en cause la validité de celle-ci⁷⁸ : ce n'est pas une condition de fond. Aussi, on peut considérer que ces obligations de négocier, non sanctionnées pénalement, ne sont, en réalité, que des incitations dont les partenaires sociaux peuvent se saisir lorsque le climat social y est favorable. Le législateur, en certaines matières, a voulu aller plus loin en créant des obligations périodiques.

Sous-section 2 – L'émergence d'obligations, institutionnelles, de négocier depuis la loi du 13 novembre 1982

115. La loi du 13 novembre 1982⁷⁹ a institué des obligations périodiques de négocier au niveau de la branche (§1), à l'article L. 132-12 du Code du travail, et au niveau de

⁷⁶ Cass. Soc., 19 octobre 1999, n°97-45.907, Bull. Civ. V, 1999, n°386.

⁷⁷ Cass. Soc., 23 juin 1999, n°97-43.162, Bull. Civ. V, 1999, n°297.

⁷⁸ Cass. Soc., 13 juin 1984, n°82-40.374, Bull. Civ. V, 1984, n°244.

⁷⁹ Loi n°82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail (3^{ème} loi Auroux), JO 14 novembre 1982.

l'entreprise (§2), à l'article L. 132-27 du même code. En trente ans, l'objet de ces négociations a évolué, tout comme leur champ d'application.

§1. Au niveau de la branche

116. Une négociation annuelle.- Aux termes de l'article L. 2241-1 du Code du travail, les « organisations liées par une convention de branche ou, à défaut, par des accords professionnels, se réunissent, au moins une fois par an, pour négocier sur les salaires ». L'article L. 2241-2 du même code précise l'ensemble des données qui doivent être remises aux organisations syndicales par les organisations d'employeur avant la négociation. Celles-ci figurent dans un rapport remis au moins quinze jours avant la date d'ouverture de la négociation conformément à l'article D. 2241-1 du Code du travail. Cette négociation doit prendre en compte l'objectif d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. Elle porte également sur la suppression des écarts de rémunération, comme le prévoit l'article L. 2241-9 du même code. Dans la pratique, cette obligation de négocier donne régulièrement lieu à la conclusion d'accords au sein de branches.

117. Une négociation triennale.- Quatre obligations triennales de négocier distinctes existent aux articles L. 2241-3 à L. 2241-5 du Code du travail. Elles portent sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes⁸⁰, les conditions de travail et la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences et sur la prise en compte de la pénibilité du travail⁸¹, les travailleurs handicapés⁸², et la formation professionnelle⁸³. Ici encore, un certain nombre d'informations doit être remis aux organisations syndicales par les organisations patronales : leur contenu est déterminé aux articles D. 2241-3 et suivants du Code du travail. Ces négociations ont pour objet le développement d'un droit conventionnel sur ces thèmes : celui-ci n'est possible qu'au niveau de la branche pour certains d'entre eux, notamment la formation professionnelle, puisque les organismes collecteurs des contributions des entreprises au profit de la formation s'y situent.

⁸⁰ Instituée par la loi n°2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, JO 10 mai 2001.

⁸¹ Instituée par la loi n°2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites, JO 22 août 2003.

⁸² Instituée par la loi n°2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, JO 12 février 2005.

⁸³ Instituée par la loi n°2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, JO 5 mai 2004.

118. Une négociation quinquennale.- Aux termes des articles L. 2241-7 et L. 2241-8 du Code du travail, deux obligations quinquennales de négocier pèsent sur les partenaires sociaux au niveau de la branche. La première porte sur l'examen de l'opportunité de réviser les classifications⁸⁴, elle doit systématiquement avoir lieu tous les cinq ans. La seconde est relative à la mise en place d'un ou plusieurs plans d'épargne interentreprises ou plans d'épargne pour la retraite collectifs interentreprises⁸⁵. Cette dernière obligation de négocier n'existe qu'en l'absence d'accord sur ce thème au niveau de la branche.

119. Une négociation à la périodicité variable.- La loi du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives⁸⁶ a inséré un nouvel article L. 2242-2-1 dans le Code du travail. Il dispose que « lorsque le salaire minimum national professionnel des salariés sans qualification est inférieur au salaire minimum interprofessionnel de croissance, les organisations liées par une convention de branche ou, à défaut, par des accords professionnels, doivent se réunir dans un délai de trois mois pour négocier sur les salaires. A défaut d'initiative de la partie patronale dans ce délai, la négociation s'engage dans les quinze jours suivant la demande d'une organisation syndicale de salariés représentative ». Cette obligation de négocier peut donc survenir plusieurs fois dans l'année à divers moments. Sa portée ne peut encore être mesurée en raison de son institution récente.

120. L'absence de sanctions pénales.- Au sein des branches professionnelles, une négociation obligatoire périodique existe. Elle ne repose en réalité sur aucune sanction pénale contrairement à celle qui existe au niveau des entreprises. En revanche, des sanctions civiles pourraient être envisagées. De plus, la publicité qui entourerait le refus de négocier par l'une des parties sera extrêmement préjudiciable pour celle-ci : une contrainte pèse en réalité sur les organisations patronales et syndicales. Au contraire, dans les entreprises, des sanctions pénales ont été prévues.

⁸⁴ Instituée par la loi n°90-613 du 12 juillet 1999 favorisant la stabilité de l'emploi par l'adaptation du régime des contrats précaires, JO 14 juillet 1999.

⁸⁵ Instituée par la loi n°2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites, JO 22 août 2003.

⁸⁶ Loi n°2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, JO 23 mars 2012.

§2. A des niveaux inférieurs

121. La loi du 13 novembre 1982⁸⁷ a également institué une obligation de négocier au sein des entreprises qui figurait à l'article L. 132-27 du Code du travail avant sa recodification en 2008. Aujourd'hui, alors que la création de ce dispositif va fêter ses trente ans, de nombreuses questions surgissent : existe-t-il un seul ou plusieurs champs d'application pour la négociation obligatoire ? Quelles sont les différentes obligations auxquelles les employeurs sont assujettis ? Quelles règles encadrent le déroulement de la négociation ? Quelles sanctions peuvent être prononcées ? Par quels moyens est-il possible de s'acquitter de ces obligations ?

122. Ces interrogations peuvent être distinguées en fonction de leur objet. D'abord, elles peuvent porter sur le champ d'application des obligations qui a évolué tant en raison de l'accroissement du thème devant être abordés que du nombre d'employeurs assujettis (Titre I). Il est, en effet, de plus en plus difficile pour les employeurs d'identifier les obligations auxquelles ils sont assujettis en raison des différentes définitions de champs d'application. La seconde série d'interrogations a trait au déroulement même de la négociation et aux conditions dans lesquelles l'employeur est considéré comme ayant rempli ses obligations (Titre II). En outre, des obligations au mécanisme particulier sont récemment apparues, il semble donc plus prudent désormais d'étendre la notion de négociation obligatoire à celle de négociation imposée. En la définissant, il sera alors possible de délimiter le champ laissé par le législateur à la négociation spontanée.

⁸⁷ Précitée, note 79.

Titre I – Le champ d’application de la négociation imposée

123. La négociation imposée, par opposition à la négociation spontanée, suppose l’existence d’une contrainte en application de laquelle l’une des parties devra l’engager. Au sein même de celle-ci, deux catégories d’obligations doivent être distinguées. En premier lieu, les obligations de négocier (chapitre I) qui sont instituées comme telles par le législateur et pour lesquelles une sanction pénale peut être prévue en cas d’inexécution. En second lieu, sont récemment apparues des obligations qualifiées « de couverture » (chapitre II) en application desquelles une sanction pèsera sur l’employeur dans l’hypothèse où il ne pourrait pas apporter la preuve de l’existence d’une norme conventionnelle, conforme aux dispositions légales et réglementaires, sur certains thèmes. L’élaboration de celle-ci induira le plus souvent l’existence d’une négociation collective, faisant entre ces obligations de couverture dans le champ d’application de la négociation imposée.

Chapitre I – Les obligations de négocier

124. Doivent en premier lieu être exclues de cette étude les entreprises dans lesquelles il n’existe pas d’organisations syndicales représentatives. L’absence de section syndicale d’une telle organisation conduit à considérer que l’employeur n’est assujéti à aucune obligation de négocier. Il faudra alors identifier les entreprises qui sont tenues à de telles obligations (section 1) et les thèmes sur lesquels la négociation devra être ouverte (section 2).

Section 1 – Entreprises assujetties à l’obligation de négocier

125. Le champ d’application de l’obligation de négocier est délimité par le Code du travail. L’article L. 2242-1, est particulièrement important en ce qu’il définit la situation générale dans laquelle une obligation de négocier pèse sur l’employeur (sous-section 1). De plus, des critères d’assujettissement particuliers ont pour conséquences d’étendre ce champ d’application (sous-section 2).

Sous-section 1 – Critères généraux d’assujettissement

126. Dès l’origine, le législateur a fait entrer dans le champ d’application de la négociation obligatoire toutes les entreprises dans lesquelles existait une section syndicale pour une ou plusieurs organisations syndicales représentatives (§1). Aujourd’hui encore, en leur absence, l’employeur n’est pas tenu à l’obligation de négocier. A cette première condition d’assujettissement, non remise en cause par la loi du 20 août, s’en rajoute une seconde, la désignation d’un délégué syndical par au moins une des organisations syndicales représentatives dans l’entreprise (§2).

§1. Condition textuelle : existence d’au moins une section syndicale d’organisation syndicale représentative

127. L’ancien article L. 132-27 du Code du travail, devenu L. 2242-1, disposait notamment que « dans les entreprises où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d’organisations représentatives [...], l’employeur est tenu d’engager chaque année une négociation [...] ». Aussi, dès l’origine, l’obligation de négocier était étroitement liée à l’existence de sections syndicales d’organisations syndicales représentatives. Ainsi, il est nécessaire de saisir l’articulation entre ces deux notions. En effet, depuis 1982, les concepts de section syndicale et d’organisation syndicale représentative ont évolué et ont été précisés (I). La loi du 20 août 2008⁸⁸ constitue cependant un tournant de cette évolution (II).

I. Avant 2008

128. L’ancien article L. 412-6 du Code du travail, remplacé par l’article L. 2142-1, et modifié par la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et du temps de travail disposait que « chaque syndicat représentatif peut décider de constituer au sein de l’entreprise une section syndicale [...] ». Il conviendra de rappeler les règles de représentativité des organisations syndicales qui s’appliquaient (A) avant de constater l’absence, dans la jurisprudence, de conditions de forme à la constitution d’une section syndicale dans l’entreprise (B) et d’étudier les moyens de preuve permettant d’établir l’existence d’une section syndicale (C).

⁸⁸ Loi n°2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et du temps de travail, JO 21 août 2008.

A – L'établissement de la représentativité d'une organisation syndicale au sein de l'entreprise

129. Représentativité d'emprunt.- L'ancien article L. 412-4 du Code du travail, en son deuxième alinéa, énonçait que « tout syndicat affilié à une organisation représentative sur le plan national est considéré comme représentatif dans l'entreprise [...] ». Ainsi, avant la loi du 20 août 2008, une organisation syndicale était en mesure d'acquérir la représentativité au sein d'une entreprise en raison de sa simple affiliation à l'une des cinq confédérations déclarées représentatives au niveau interprofessionnel en application de l'arrêté du 31 mars 1966⁸⁹ (CFDT, CFE-CGC, CFTC, CGT et CGT-FO). On parlait alors « représentativité d'emprunt » ou « représentativité par irradiation ». Les organisations syndicales affiliées à l'une de ces cinq confédérations bénéficiaient d'une présomption irréfragable⁹⁰. Elles étaient donc dispensées d'apporter la preuve qu'elles remplissaient tout ou partie des critères posés par l'ancien article L. 133-2 du Code du travail pour déterminer leur représentativité : les effectifs, l'indépendance, les cotisations, l'expérience et l'ancienneté du syndicat, et l'attitude patriotique pendant l'Occupation.

130. Représentativité prouvée.- En revanche, les autres organisations syndicales devaient, elles, justifier de la représentativité du syndicat au sein de l'entreprise⁹¹. La jurisprudence a précisé l'appréciation de cette représentativité. Ainsi, la chambre sociale de la Cour de cassation a retenu dans un arrêt du 3 décembre 2002⁹² que le critère de l'indépendance avait une importance majeure et que les autres critères pouvaient permettre de caractériser l'influence du syndicat. Il revenait dès lors aux juges du fond d'apprécier souverainement les différents critères de l'ancien article L. 133-2 du Code du travail. En outre, la chambre sociale avait précisé que s'il n'est pas nécessaire pour l'organisation syndicale de réunir tous les critères⁹³, pour autant, un seul d'entre eux ne permet pas de prouver la représentativité⁹⁴.

⁸⁹ Arrêté du 31 mars 1966, JO 2 avril 1966.

⁹⁰ Cass. Soc., 5 juillet 1977, n°77-60.489, Bull. Soc., 1977, n°457 et Cass. Soc., 23 juin 1983, n°83-60.146, Bull. Soc., 1983, n°359.

⁹¹ Cass. Soc., 20 juillet 1981, n°81-60.003, Bull. Soc., 1981, n°719 et Cass. Soc., 9 décembre 1982, n°82-61.308, Bull. Soc., 1982, n°700.

⁹² Cass. Soc., 3 décembre 2002, n°01-60.729, Bull. Civ. V, 2002, n°364.

⁹³ Cass. Soc., 6 juillet 1979, n°79-60.083, Bull. Soc., 1979, n°626.

⁹⁴ Cass. Soc., 14 janvier 1982, n°81-60.761, Bull. Soc., 1982, n°22 et Cass., Soc. 3 février 1999, n°98-60.045, Inédit.

131. Présomption de représentativité.- On pouvait considérer que pour ces syndicats ne bénéficiant pas de la représentativité d'emprunt, il existait une présomption. Celle-ci ne devait être établie qu'en cas de contestation par une autre organisation syndicale représentative dans l'entreprise ou par l'employeur. Elle était donc susceptible d'être renversée par la preuve contraire. Une fois la représentativité du syndicat établie dans l'entreprise, la jurisprudence a eu à trancher la question de savoir s'il existait des conditions à la constitution d'une section syndicale.

B – L'absence de formalisme à la constitution d'une section syndicale

132. Création d'une section syndicale et information de l'employeur.- Avant 2008, la reconnaissance de la section syndicale n'était pas subordonnée par la loi à une quelconque condition de forme. En effet, le Code du travail n'évoquait pas la constitution de la section syndicale : on pouvait donc en déduire qu'aucune publicité n'était requise, qu'aucune structure interne n'était imposée. De plus, aucune condition d'effectif de l'entreprise n'était posée par les textes ni requise par la jurisprudence⁹⁵. Il apparaissait ainsi que la section syndicale existait dès lors qu'un syndicat représentatif en avait décidé la création. Le fait d'informer l'employeur de sa création aurait eu pour effet de permettre la revendication et la mise en œuvre des moyens d'action attribués par la loi à la section syndicale dans l'entreprise (pour « assurer la représentation des intérêts matériels et moraux de ses membres » comme le disposait l'ancien article L. 412-6 du Code du travail). Il convient cependant de préciser que chaque syndicat ne pouvait constituer dans une même entreprise qu'une seule section.

133. Importance de l'information de l'employeur de la création de la section syndicale.- Ainsi l'information de l'employeur n'était pas l'acte constitutif de la section syndicale. Pour autant, il semblerait qu'il s'agissait d'un passage obligé pour bénéficier des prérogatives attribuées aux syndicats. Il apparaît en outre que cette information revêtait un caractère crucial en ce qu'elle pouvait donner lieu à la contestation par l'employeur de la représentativité de l'organisation syndicale. Le contentieux relèvera de la compétence du tribunal de grande instance statuant en premier ressort⁹⁶ : il reviendra alors au syndicat d'apporter la preuve de sa représentativité au sein de l'entreprise.

⁹⁵ Cass. Soc., 24 février 1993, n°91-60.237, Bull. Civ. V, 1993, n°70.

⁹⁶ Cass. Soc., 6 mai 1985, n°84-60.623, Bull. Civ. V, 1985, n°284.

C – Les moyens de preuve de l'existence d'une section syndicale

134. Antérieurement à la loi du 28 octobre 1982⁹⁷, la Cour de cassation considérait que la constitution de la section syndicale ne pouvait résulter de la seule désignation d'un délégué syndical⁹⁸ : elle ne peut, en effet, établir à elle seule que la section syndicale soit en voie de formation⁹⁹. Il fallait dès lors prouver que le syndicat était représentatif dans le périmètre pour lequel il désignait un délégué syndical.

135. La désignation d'un délégué syndical comme acte constitutif de la section syndicale.- La loi du 28 octobre 1982, en inscrivant dans l'ancien article L. 412-11 du Code du travail que « chaque syndicat représentatif qui constitue une section syndicale [...] désigne [...] un ou plusieurs délégués syndicaux pour le représenter auprès du chef d'entreprise », a permis de retenir la concomitance de la désignation du délégué syndical et de la constitution de la section syndicale. Pour autant, la Cour de cassation ne considérait pas la désignation du délégué syndical comme permettant, à elle-seule, de prouver la représentativité de l'organisation syndicale dans l'entreprise. Elle était cependant régulière lorsque la section syndicale était en voie de formation¹⁰⁰. La Haute juridiction, dans un arrêt du 27 mai 1997¹⁰¹, au visa de l'ancien article L. 412-11 du Code du travail, avait alors posé le principe selon lequel l'existence d'une section syndicale est établie par la seule désignation d'un délégué syndical. Dès lors, la section syndicale bénéficie des moyens prévus par le Code du travail afin « d'assurer la représentation des intérêts matériels et moraux de ses membres »¹⁰². Ainsi, on pourrait considérer, la désignation par une organisation syndicale représentative dans l'entreprise d'un délégué syndical comme l'acte constitutif de la section syndicale.

136. La loi du 20 août 2008¹⁰³ a profondément remanié la représentativité syndicale et notamment les dispositions relatives à la section syndicale. Il conviendra de mesurer les évolutions apportées par ce texte quant à l'existence d'une section syndicale d'organisation syndicale représentative.

⁹⁷ Loi n°82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel, (2^{ème} loi Auroux), JO 29 octobre 1982.

⁹⁸ Cass. Soc., 8 juillet 1977, n°77-60.550, Bull. Soc., 1977, n°492.

⁹⁹ Cass. Soc., 2 juillet 1981, n°81-60.554, Bull. Soc., 1981, n°639.

¹⁰⁰ Cass. Soc., 7 juillet 1983, n°83-60.023, Bull. Soc., 1983, n°437 et Cass. Soc. 7 novembre 1990, n°89-61.517, Bull. Civ. V, 1990, n°531.

¹⁰¹ Cass. Soc., 27 mai 1997, n°96-60.239, Bull. Civ. V, 1997, n°194.

¹⁰² Ancien article L. 412-6 du Code du travail.

¹⁰³ Loi n°2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et du temps de travail, JO 21 août 2008.

II. Depuis 2008

137. Antérieurement à la loi du 20 août 2008, seuls les syndicats représentatifs au sein de l'entreprise pouvaient créer une section syndicale. L'article L. 2142-1 du Code du travail ouvre aujourd'hui cette possibilité à d'autres organisations syndicales. Il s'agira d'identifier les syndicats susceptibles de constituer une section syndicale (A) de déterminer les autres conditions de création de la section syndicale (B).

A – Les syndicats habilités à créer une section syndicale

138. Trois formes d'organisations syndicales peuvent créer une section syndicale au sein de l'entreprise : le syndicat qui y est représentatif au sens de l'article L. 2121-1 du Code du travail (1°), le syndicat affilié à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel, et certaines organisations syndicales dans des conditions déterminées (2°).

1° Les syndicats représentatifs au sein de l'entreprise

139. Ce sont les syndicats satisfaisant à l'ensemble des critères de représentativité visés à l'article L. 2121-1 du Code du travail au sein de l'entreprise. Deux catégories de critères se dégagent : qualitatifs et quantitatifs.

140. Critères qualitatifs de représentativité.- Les critères qualitatifs sont les plus nombreux : il s'agit du respect des valeurs républicaines, de l'indépendance, de la transparence financière, de l'ancienneté d'au moins 2 ans dans le champ géographique et professionnel de l'entreprise, et de l'influence prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience. Ces critères reprennent pour partie ceux qui existaient avant 2008. Certains ont été actualisés (comme le respect des valeurs républicaines qui remplace l'attitude patriotique pendant l'Occupation) alors que d'autres ont été créés, véritable prise en compte de la jurisprudence (tel le critère de l'influence qui réunit deux éléments préexistants que sont l'activité et l'expérience, l'emploi de l'adverbe « prioritairement » permettant de la caractériser à travers d'autres indices), un autre enfin est totalement nouveau (la transparence financière).

141. Critères quantitatifs de représentativité.- Deux critères posés par l'article L. 2121-1 du Code du travail peuvent être appréciés de manière quantitative, il s'agit des effectifs d'adhérents et des cotisations (qui existait antérieurement) et de l'audience. Ce dernier revêt une grande importance dans l'entreprise, l'organisation syndicale doit avoir recueilli au moins 10% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections du comité d'entreprise, de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel.

142. Des critères cumulatifs.- En outre, le texte précise le caractère cumulatif de ces critères, alors qu'auparavant il n'était pas obligatoire qu'ils soient tous réunis¹⁰⁴. La représentativité présumée laisse place à une représentativité prouvée¹⁰⁵ : il sera alors facile de vérifier si le critère de l'audience est bien rempli. D'autres organisations syndicales pourront également constituer une section syndicale sans pour autant être représentatifs au sein de l'entreprise.

2° Les syndicats non représentatifs au sein de l'entreprise

143. Il convient de distinguer deux cas où des organisations syndicales sont habilitées à constituer une section syndicale au sein de l'entreprise sans y être représentatives : soit il s'agit d'un syndicat « affilié à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel », soit « d'une organisation syndicale qui satisfait aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance et est légalement constituée depuis au moins deux ans et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise concernée »¹⁰⁶.

144. Pour l'habilitation par affiliation, sont représentatives au niveau national et interprofessionnel jusqu'en 2013 (moment auquel doit avoir lieu la première mesure de l'audience au niveau national et interprofessionnel) : la CFE-CGC, la CFDT, la CFTC, la CGT et la CGT-FO, soit les organisations syndicales visées par l'arrêté du 31 mars 1966¹⁰⁷. Cette liste est amenée à évoluer à compter de 2013, certaines organisations syndicales pouvant en être retirées alors que d'autres pourraient y faire leur apparition. Les sections

¹⁰⁴ Cass. Soc., 6 juillet 1979, n°79-60.083, Bull. Soc., 1979, n°626.

¹⁰⁵ Un arrêt *contra legem* a récemment été rendu, prônant la prise en compte globale des critères de représentativité : Cass. Soc., 29 février 2012, n°11-13.748.

¹⁰⁶ Article L.2142-1 du Code du travail.

¹⁰⁷ Arrêté du 31 mars 1966, JO 2 avril 1966.

syndicales qui seront constituées par de telles organisations syndicales, dans l'hypothèse où elles ne seraient pas représentatives au niveau de l'entreprise, ne peuvent être la cause de l'obligation de négocier.¹⁰⁸

145. Il en est de même pour les organisations syndicales satisfaisant aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, légalement constituées depuis au moins deux ans dans le champ professionnel et géographique de l'entreprise. En permettant à ces organisations syndicales de créer une section syndicale, le législateur a cherché à faciliter l'apparition de nouveaux syndicats représentatifs en leur assurant une visibilité et une structure pour préparer les élections professionnelles : l'audience recueillie au premier tour de celles-ci sera alors appréciée, leur objectif étant d'obtenir les 10% leur permettant d'être reconnus comme représentatifs.

146. Le nombre de formes d'organisations syndicales habilitées à créer une section syndicale a augmenté avec la loi du 20 août 2008, l'article L. 2142-1 du Code du travail pose cependant une nouvelle condition : la présence de plusieurs adhérents.

B – Conditions de création de la section syndicale : l'importance du nombre d'adhérents

147. Mise en cause de la jurisprudence antérieure.- Un débat existait avant la loi du 20 août 2008 sur la question de savoir si la désignation d'un délégué syndical pouvait être l'acte de constitution de la section syndicale ou si les adhérents devaient informer préalablement l'employeur de sa création. La jurisprudence exigeait d'abord qu'une crainte de représailles soit alléguée¹⁰⁹ par les salariés syndiqués dont l'identité serait communiquée ou que le juge en ait constaté le risque¹¹⁰ : le principe du contradictoire se trouvait donc aménagé. Un certain nombre d'auteurs, le Professeur Verdier notamment¹¹¹, regrettent cette position en raison de la difficulté d'apporter la preuve d'un risque de représailles. Puis, la chambre sociale de la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence dans un arrêt précité

¹⁰⁸ L'existence de sections syndicales de ces organisations syndicales, dans l'hypothèse où les élections auraient eu lieu et qu'elles n'auraient pas obtenu l'audience suffisante pour être représentatives, ne leur permet pas de participer à la négociation obligatoire.

¹⁰⁹ Cass. Soc., 19 juin 1987, n°86-60.468, Bull. Civ. V, 1987, n°408.

¹¹⁰ Cass. Soc., 20 décembre 1988, n°88-60.386, Bull. Civ. V, 1988, n°679, Cass. Soc., 12 janvier 1993, n°92-60.244, Inédit, et Cass., Soc. 4 mai 1993, n°92-60.301, Inédit.

¹¹¹ J.M. Verdier, Syndicats, tome V du Traité de Droit du travail, publié sous la direction de G.H. Camerlynck, Dalloz, 1966.

du 27 mai 1997¹¹² en considérant que la seule désignation du délégué syndical établissait l'existence de la section syndicale. L'article L. 2142-1, nouveau, du Code du travail, en imposant la pluralité d'adhérents met, dès lors, en cause cette jurisprudence.

148. La nécessaire preuve de la présence de plusieurs adhérents.- Par trois arrêts du 8 juillet 2009¹¹³, la Cour de cassation a précisé que « le syndicat doit apporter les éléments de preuve utiles à établir la présence d'au moins deux adhérents dans l'entreprise ». La locution « plusieurs » doit donc être comprise comme « au moins deux ». Par ailleurs, dans le même arrêt, la chambre sociale a énoncé que la preuve de la présence d'une pluralité d'adhérents obéit à un régime procédural particulier. En effet, en présence d'un contentieux sur le nombre d'adhérents, l'organisation syndicale a le droit de ne pas fournir la liste nominative de ses adhérents. En outre, le juge énonce pour la première fois l'obligation pour celle-ci d'obtenir l'accord des salariés adhérents. Cet aménagement du principe du contradictoire est justifié par le fait que l'adhésion du salarié au syndicat relève de sa vie personnelle et de la liberté syndicale, c'est-à-dire du principe constitutionnel issu de l'article 6 du Préambule de la Constitution de 1946¹¹⁴.

149. Confirmation du revirement de jurisprudence.- La chambre sociale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 4 novembre 2009¹¹⁵, a confirmé sa position quant au nombre d'adhérents au sein de l'entreprise : « au moins deux adhérents dans l'entreprise, peu important les effectifs de celle-ci ». De même, dans un arrêt du 14 décembre 2010¹¹⁶ où elle a repris la possibilité pour le juge « d'aménager la règle du contradictoire, en autorisant le syndicat à lui fournir non contradictoirement les éléments nominatifs de preuve dont il dispose ». Dans ce même arrêt, la formulation d'un attendu pourrait retenir notre attention : « l'existence d'une section syndicale suppose la présence de deux adhérents au moins », une véritable présomption d'une pluralité d'adhérents est donc formulée. Pour autant, celle-ci est faible puisque si l'employeur conteste l'existence de la section syndicale, c'est bien au syndicat d'apporter la preuve que plusieurs adhérents sont présents au sein de l'entreprise.

¹¹² Cass. Soc., 27 mai 1997, n°96-60.239, Bull. Civ. V, 1997, n°194.

¹¹³ Cass. Soc., 8 juillet 2009, n°09-60.011, n°09-60.031 et n°09-60.032, Bull. Civ. V, 2009, n°180.

¹¹⁴ Article 6 du Préambule de la Constitution de 1946 : « Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix. ».

¹¹⁵ Cass. Soc., 4 novembre 2009, n°09-60.075, Bull. Civ. V, 2009, n°244.

¹¹⁶ Cass. Soc., 14 décembre 2010, n°10-60.137, Bull. Civ. V, 2010, n°290.

150. En outre, dans un arrêt du 26 mai 2010¹¹⁷, la Cour de cassation a précisé que l'un des deux adhérents pouvait être désigné représentant de la section syndicale. Cela signifie donc bien que les textes n'exigent pas la présence de deux adhérents en plus de celui qui est désigné représentant de la section syndicale. Cette désignation emporte peu d'effets au regard des négociations obligatoires puisque le représentant de la section syndicale est issu d'une organisation syndicale qui n'est pas représentative et ne sera donc pas invitée aux négociations. *A contrario*, un syndicat représentatif pourra désigner dans l'entreprise un délégué syndical qui, lui, participera à la négociation obligatoire. Cette désignation peut donc être considérée comme un second critère, fonctionnel, d'assujettissement à la négociation obligatoire directement imposée.

§2. Condition fonctionnelle : la désignation d'au moins un délégué syndical

151. Inséré au sein d'un titre du Code du travail tenant à l'exercice du droit syndical, un chapitre traite uniquement du délégué syndical. Se dégage de celui-ci un certain nombre de conditions tenant à l'effectif de l'entreprise (I), à l'auteur de la désignation (II) ou à la personne désignée (III). Par ailleurs, des conditions de forme doivent être respectées (IV).

I. Conditions liées à l'effectif de l'entreprise

152. L'article L. 2141-4 du Code du travail, en son second alinéa, dispose que « les syndicats professionnels peuvent s'organiser librement dans toutes les entreprises conformément aux dispositions du présent titre ». Or, le titre dont il est question, qui porte sur l'exercice du droit syndical, détermine les règles applicables quant à la section syndicale mais aussi quant au délégué syndical. On peut alors considérer que la forme juridique de l'entreprise importera peu. Deux situations peuvent se présenter selon que l'effectif de l'entreprise ou de l'établissement est inférieur (B) ou d'au moins (A) cinquante salariés.

A – Le principe : les entreprises et établissements de plus de cinquante salariés

153. En principe, les délégués syndicaux ne peuvent être désignés que dans les entreprises ou établissements d'au moins cinquante salariés en application de l'article L. 2143-3 du Code du travail. Le calcul de l'effectif s'effectue selon les règles prévues par

¹¹⁷ Cass. Soc., 26 mai 2010, n°09-60.278, Bull. Civ. V, 2010, n°117.

l'article L. 1111-2 du même code. Sont ici concernées tant les entreprises constituées d'un seul établissement, comptant au moins cinquante salariés, que les entreprises constituées de plusieurs établissements distincts de cinquante salariés ou plus (l'article R. 2143-3 du Code du travail renvoyant à l'article L. 2143-3 pour l'appréciation du seuil d'effectif).

154. Calcul de l'effectif.- Se pose alors la question de savoir sur quelle période cet effectif doit être calculé. Il ressort du troisième alinéa de l'article L. 2143-3 du Code du travail que « la désignation du délégué syndical peut intervenir lorsque l'effectif de cinquante salariés ou plus a été atteint pendant douze mois, consécutifs ou non, au cours des trois années précédentes ». L'effectif sera calculé mois par mois, et les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, relevant qu'au cours de douze des trente-six derniers mois, il était au moins égal à cinquante, pourront désigner un délégué syndical. Ce seuil d'effectif pourra être abaissé voire supprimé par accord collectif : en effet, l'article L. 2141-10 du Code du travail prévoit qu'il peut être dérogé aux règles légales relatives à l'institution de délégués syndicaux par des clauses plus favorables.

155. Nombre de délégués syndicaux par organisation syndicale.- Quant au nombre de délégués syndicaux pouvant être désignés, il convient de se référer à l'article R. 2143-2 du Code du travail pour les entreprises d'au moins cinquante salariés ne comportant qu'un établissement (ou plusieurs établissements distincts de moins de cinquante salariés) et à l'article R. 2143-3 du Code du travail pour les entreprises constituées de plusieurs établissements distincts d'au moins cinquante salariés. En pratique, les mêmes règles seront appliquées à l'échelle de l'entreprise ou de l'établissement distinct.

B – Les tempéraments : les entreprises et établissements de moins de cinquante salariés

156. La dérogation conventionnelle ou tacite.- En application de l'article L. 2141-10 du Code du travail, un premier tempérament à la règle de désignation existe. En effet, un accord collectif pourra y déroger plus favorablement dans les entreprises de moins de cinquante salariés. En outre, dans les entreprises comportant plusieurs établissements distincts dont certains comptant moins de cinquante salariés, le seuil étant apprécié séparément au niveau de chaque établissement, ici encore un accord collectif pourra comporter des clauses prévoyant la possibilité de désigner des délégués syndicaux dans ces établissements. En outre, en l'absence de contestation de l'employeur, la jurisprudence a pu considérer qu'il y avait un

consentement tacite à la désignation de délégués syndicaux dans une entreprise de moins de cinquante salariés¹¹⁸ : dès lors qu'une des organisations syndicales représentatives a pu en désigner un, l'employeur ne peut s'opposer à ce que les autres procèdent à l'identique.

157. La possible désignation d'un délégué du personnel comme délégué syndical.- Un second tempérament tient à la règle énoncée au premier alinéa de l'article L. 2143-6 du Code du travail. En effet, un délégué du personnel pourra être désigné, pour la durée de son mandat, délégué syndical dans l'établissement de moins de cinquante salariés. Se pose donc la question de savoir si cette règle vaut aussi pour les entreprises qui emploient moins de cinquante salariés. Il apparaît que l'ancien article L. 412-11 du Code du travail, qui traitait du même sujet, faisait référence à l'entreprise. Or la recodification s'est faite à droit constant. On peut donc en déduire qu'un délégué du personnel dans une entreprise de moins de cinquante salariés pourra être désigné délégué syndical par un syndicat représentatif dans ladite entreprise, le critère de l'audience étant alors nécessairement déterminé à partir des résultats des élections des délégués du personnel. Antérieurement à l'insertion du terme « établissement » à l'article L. 2143-6 du Code du travail, la Cour de cassation jugeait que la désignation d'un délégué du personnel n'était possible que dans une entreprise de moins de 50 salariés. Ainsi, dans une entreprise de plus de 50 salariés quand bien même les établissements compteraient moins de 50 salariés, la désignation comme délégué syndical d'un délégué du personnel n'était pas possible¹¹⁹. On peut dorénavant supposer que, sur ce point, la jurisprudence de la chambre sociale évoluerait.

158. L'article L. 2143-3 du Code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi du 20 août 2008¹²⁰, retenait un lien entre la constitution de la section syndicale d'une organisation syndicale représentative au sein d'une entreprise et la désignation d'un délégué syndical. Depuis, ce texte a été modifié mais les conditions liées à l'auteur de la désignation n'ont pas évolué.

¹¹⁸ Cass. Soc., 5 mai 2004, n°03-60.175, Bull. Civ. V, 2004, n°119.

¹¹⁹ Cass. Ass. Plén., 14 juin 1985, n° 84-60.528, Bull. A.P., 1985, n°3 et Cass., Soc. 28 mai 1997, n° 96-60.225, Inédit.

¹²⁰ Loi n°2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et du temps de travail, JO 21 août 2008.

II. Conditions tenant à l'auteur de la désignation

159. L'articulation dans le temps de la désignation d'un délégué syndical et de la création d'une section syndicale.- A la lecture de l'article L. 2143-3 du Code du travail, on pourrait considérer que la constitution d'une section préalablement à la désignation d'un délégué syndical est posée en condition. Toutefois, dans les arrêts du 8 juillet 2009¹²¹, la chambre sociale de la Cour de cassation a retenu que la constitution de la section syndicale peut s'effectuer concomitamment à la désignation du délégué syndical. Cette solution a été reprise dans un arrêt de la chambre sociale du 26 mai 2010¹²². Ainsi, il apparaît que l'existence d'une section syndicale n'est plus une condition préalable à la désignation puisqu'en cas de contestation, le fait qu'elles aient eu lieu de manière concomitante n'aura aucune conséquence. Pour autant, on ne semble pas revenir à la solution dégagée par l'arrêt du 27 mai 1997¹²³ où la seule désignation du délégué syndical permettait d'établir l'existence de la section syndicale.

160. Les organisations syndicales pouvant désigner un délégué syndical.- Si depuis la loi du 20 août 2008¹²⁴, un grand nombre d'organisations syndicales peuvent créer une section syndicale, toutes ne peuvent pas désigner un délégué syndical. En effet, seules les organisations syndicales représentatives au sens des articles L. 2121-1 et L. 2122-1 et suivants du Code du travail pourront le faire. Pendant la période transitoire prévue par cette loi, lorsqu'un syndicat adhère à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel, et ce postérieurement à sa publication, se pose la question de savoir si ce syndicat peut désigner un délégué syndical. En réalité, l'interrogation porte sur l'appréciation de la représentativité du syndicat. En effet, dès lors que les dispositions transitoires s'appliquent, cela signifie que les élections professionnelles n'ont pas eu lieu sur la base d'un accord préélectoral dont la première réunion de négociation s'est tenue postérieurement à la publication de la loi : le critère de l'audience ne peut être apprécié. La chambre sociale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 10 mars 2010¹²⁵, a tranché la question : la représentativité du syndicat sera appréciée au regard des critères issus de la loi du 20 août 2008, à l'exception de celui de l'audience.

¹²¹ Précités, note 113.

¹²² Précité, note 117.

¹²³ Précité, note 112.

¹²⁴ Précitée, note 120.

¹²⁵ Cass. Soc., 10 mars 2010, n°09-60.347, Bull. Civ. V, 2010, n°58.

161. L'importance des statuts de la personne morale désignant le délégué syndicale.- L'auteur de la désignation est l'organisation syndicale et non la section syndicale d'entreprise (ou d'établissement). Il conviendra d'apprécier la conformité de la désignation aux statuts de l'organisation syndicale. Dans un premier temps, les statuts de certains syndicats prévoient un organe *ad hoc* pour la désignation des délégués syndicaux, aussi lorsqu'elle n'en est pas issue, le juge pourra considérer que la désignation est irrégulière¹²⁶. Dans un second temps, le juge contrôlera les statuts de l'organisation syndicale en ce qu'ils doivent viser le secteur géographique et professionnel de l'entreprise : ici encore, même lorsque le syndicat est reconnu comme représentatif en ce qu'il a adhéré à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel¹²⁷, il ne peut désigner un délégué syndical que dans le champ d'application géographique et professionnel déterminé par ses statuts.

162. Enfin, l'organisation syndicale désignante peut être le syndicat mais aussi une union ou une fédération de syndicats. En effet, à travers une jurisprudence constante, la Cour de cassation considère qu'en l'absence de stipulations contraires dans ses statuts, une union de syndicats, en ce qu'elle a la même capacité civile que les syndicats, pourra exercer leurs prérogatives¹²⁸. En cas de désignations successives, on se référera aux statuts des différents auteurs pour trouver une situation au conflit. A défaut de dispositions statutaires sur le sujet, la chambre sociale retient que seule la désignation notifiée en premier lieu est valide¹²⁹. L'organisation syndicale ne pourra pas pour autant désigner n'importe quel salarié comme délégué syndical.

III. Conditions tenant au salarié désigné

163. La première section du chapitre relatif au délégué syndical dans le Code du travail porte sur les conditions de désignation de celui-ci. Elles sont énoncées, pour la plupart, dans l'article L. 2143-1 : elles tiennent à la personne du salarié (A), à son appartenance à

¹²⁶ TI Aubervilliers, 18 septembre 2009 ; TI Villeurbanne, 11 mai 2009 et TI Mont de Marsan, 3 novembre 2009.

¹²⁷ Cass. Soc., 11 février 2009, n°08-60.440, Bull. Civ. V, 2009, n°46.

¹²⁸ Cass. Soc., 23 juillet 1980, n°80-60.114, Bull. Soc., 1980, n°542, Cass. Soc., 13 juillet 1993, n°92-60.017, Inédit, Cass. Ass. Plén., 30 juin 1995 n°93-60.026, Bull. A.P., 1995, n°5, et Cass. Soc., 28 juin 2007, n°06-60.150, Bull. Civ. V, 2007, n°39.

¹²⁹ Cass. Soc., 29 octobre 2010, n°09-67.969, Bull. Civ. V, 2010, n°250.

l'entreprise (B) ou à son ancienneté (C). Une autre condition, ajoutée par la loi du 20 août 2008¹³⁰, figure aux articles L. 2143-3 et suivants : la légitimité électorale (D).

A – Conditions tenant à la personne même du salarié

164. L'âge et la capacité à exercer le mandat.- Deux conditions que l'on peut qualifier de personnelles au salarié figurent dans l'article L. 2143-1 du Code du travail : le salarié désigné doit « être âgé de 18 ans révolus » et « n'avoir fait l'objet d'aucune interdiction, déchéance ou incapacité relative à ses droits civiques ». Si la condition d'âge ne semble pas donner lieu à contentieux, il en va différemment de celle de pleine jouissance des droits civiques. En effet, puisqu'elle est présumée, l'employeur ne pourra exiger la production d'un extrait du casier judiciaire d'un salarié pour en contester la désignation en tant que délégué syndical¹³¹ : pour se prévaloir d'une telle incapacité, l'employeur devra invoquer une condamnation devant le juge qui vérifiera l'existence de celle-ci¹³². De plus, la chambre sociale de la Cour de cassation a précisé que l'exercice par le salarié d'une activité syndicale antérieurement à sa désignation n'est pas une condition de validité de celle-ci¹³³.

165. La compatibilité du mandat et des fonctions exercées par le salarié.- La jurisprudence a, aussi, permis d'identifier une autre condition tenant à la personne même du salarié : son mandat de délégué syndical doit être compatible avec les fonctions qu'il exerce dans l'entreprise. En effet, à travers une jurisprudence constante, la Cour de cassation retient que les salariés pouvant être assimilés au chef d'entreprise, en raison de l'exercice de certaines responsabilités, ne peuvent être désignés.

166. Ainsi, les salariés disposant d'une délégation particulière d'autorité¹³⁴, représentant l'employeur auprès des institutions représentatives du personnel¹³⁵ ou dirigeant un établissement de l'entreprise¹³⁶, ne pourront être désignés délégués syndicaux. La chambre sociale avait cependant une approche restrictive de cette exclusion afin de limiter le nombre de salariés concernés. Depuis la loi du 20 août 2008¹³⁷, toute ambiguïté a disparu : le délégué

¹³⁰ Loi n°2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et du temps de travail, JO 21 août 2008.

¹³¹ Cass. Soc., 25 octobre 1978, n°78-60.693, Bull. Soc., 1978, n°712.

¹³² Cass. Soc., 2 juillet 1981, n°81-60.555, Bull. Soc., 1981, n°642.

¹³³ Cass. Soc., 10 mai 1984, n°83-60.934, Inédit.

¹³⁴ Cass. Soc., 21 mai 2003, n°01-60.882, Bull. Civ. V, 2003, n°171.

¹³⁵ Cass. Soc., 25 janvier 2006, n°04-60.515, Bull. Civ. V, 2006, n°38.

¹³⁶ Cass. Soc., 12 juillet 2006, n°05-60.300, Bull. Civ. V, 2006, n°260.

¹³⁷ Précitée, note 130.

syndical est choisi parmi les candidats aux élections professionnelles. Or les salariés, qui peuvent être assimilés au chef d'entreprise en raison de l'exercice des pouvoirs qu'ils détiennent, ne peuvent être électeurs et sont donc dans l'incapacité de se porter candidats aux élections. En certaines situations s'est posée la question de savoir si la personne désignée délégué syndical appartenait ou devait appartenir à l'entreprise.

B – Condition d'appartenance à l'entreprise

167. L'article L. 2143-1 du Code du travail pose, notamment, comme condition que le salarié désigné doit « travailler dans l'entreprise » : on peut considérer qu'il s'agit de l'appartenance à l'entreprise. Il pourra être nécessaire de déterminer qui est l'employeur (1°), mais il faudra aussi s'interroger sur des cas limites d'exécution du contrat de travail (2°).

1° De l'appartenance à l'entreprise à une appartenance à une communauté de travail

168. D'une stricte appartenance à l'entreprise à l'existence d'un lien de subordination dans l'entreprise d'accueil.- Dans un premier temps, la Cour de cassation considérait que les salariés travaillant hors des locaux de l'entreprise pouvaient être désignés délégué syndical¹³⁸. En effet, il appartient aux organisations syndicales d'apprécier si les conditions de travail du salarié désigné le laissent en mesure de remplir sa mission dans l'entreprise. Cependant, dans un deuxième temps, la Cour de cassation est revenue sur sa position à l'occasion de situations particulières. Dans le cas d'une entreprise comptant plusieurs établissements, il est apparu que seul un salarié appartenant à un établissement donné puisse y être désigné comme délégué syndical : un salarié d'un autre établissement mais appartenant à la même entreprise ne pourra l'être¹³⁹. Puis, de nombreux arrêts ont été rendus à propos de fonctionnaires détachés par leur administration auprès d'un organisme de droit privé : dans un arrêt du 5 mars 1997¹⁴⁰, la chambre sociale a considéré que dès lors que le fonctionnaire se trouve dans un rapport de subordination dans l'entreprise d'accueil, rien ne s'oppose à ce qu'il puisse être désigné comme délégué syndical. Par cet arrêt, la Cour de cassation retenait donc comme condition de désignation d'un fonctionnaire détaché l'existence d'un lien de subordination dans l'entreprise d'accueil.

¹³⁸ Cass. Soc., 17 mars 1976, n°75-60.180, Bull. Soc., 1976, n°187.

¹³⁹ Cass. Soc., 14 février 1980, n°79-60.317, Bull. Soc., 1980, n°156.

¹⁴⁰ Cass. Soc., 5 mars 1997, n°96-60.041, Bull. Civ. V, 1997, n°99.

169. L'appartenance à une communauté de travail.- Dans un troisième temps, la chambre sociale a tranché définitivement la question dans le cadre des salariés détachés : en effet, il est difficile pour ces salariés mis à disposition de caractériser un lien de subordination avec le représentant de l'employeur de l'entreprise d'accueil. Pour autant, la Cour de cassation, dans un arrêt de principe du 30 mai 2001¹⁴¹, a considéré que le salarié étant intégré à la communauté de travailleurs de l'entreprise d'accueil, il doit lui être permis de participer à l'exercice du droit syndical dans celle-ci, et notamment d'être désigné délégué syndical s'il en remplissait les conditions. Il convient de relever que depuis la loi du 20 août 2008¹⁴², il faudra que le salarié mis à disposition ait obtenu le score électoral suffisant pour être désigné délégué syndical, et donc qu'il ait pu participer aux élections et se porter candidat. Pour autant, il faut noter que cette jurisprudence reste applicable même si le nombre potentiels de salariés mis à disposition pouvant être désignés délégués syndicaux dans l'entreprise d'accueil s'est restreint.

170. La désignation comme délégué syndical permettant au salarié de bénéficier du statut protecteur des représentants du personnel, un contentieux est né à l'occasion de désignation lors de périodes particulières de l'exécution du contrat de travail.

2° Les hypothèses de désignation d'un délégué syndical dans des cas limites d'exécution du contrat de travail

171. Cas de la cessation du contrat de travail.- Le salarié doit être lié à l'employeur par un contrat de travail au moment de la désignation. De jurisprudence constante, la Cour de cassation considère la désignation postérieure à la cessation du contrat de travail comme invalide : qu'elle ait eu lieu après un licenciement, l'échéance du terme d'un contrat de travail à durée déterminée¹⁴³ ou après une démission¹⁴⁴. Même dans l'hypothèse où l'employeur ne contesterait pas la désignation dans les délais qui lui sont impartis, celle-ci ne serait pas valable, puisqu'elle ne peut « faire revivre des rapports contractuels antérieurement rompus »¹⁴⁵.

¹⁴¹ Cass. Soc., 30 mai 2001, n°99-60.466, Bull. Civ. V, 2001, n°194.

¹⁴² Loi n°2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et du temps de travail, JO 21 août 2008.

¹⁴³ Cass. Soc., 21 juillet 1976, n°76-60.151, Bull. Soc., 1976, n°462.

¹⁴⁴ Cass. Soc., 22 juillet 1975, n°75-60.041, Bull. Soc., 1975, n°425.

¹⁴⁵ Cass. Soc., 21 juillet 1976, note 128.

172. Cas de la suspension du contrat de travail.- Se pose ensuite la question de la désignation d'un salarié dont le contrat de travail est suspendu en raison d'un arrêt maladie, d'une mise à pied... En effet, il revient aux organisations syndicales de déterminer si les conditions de travail du salarié désigné lui permettent de remplir sa mission syndicale : lorsque le contrat de travail du salarié est suspendu mais qu'il continue de faire partie du personnel de l'entreprise, dans l'absolu, il pourra être désigné délégué syndical¹⁴⁶. Il importerait de rechercher l'effet utile de la désignation : lorsque la suspension du contrat de travail concerne l'ensemble de la collectivité des travailleurs, la Cour de cassation considère que la désignation peut être invalidée dans le cas d'une mise au chômage technique se prolongeant¹⁴⁷. Cette dernière solution semble logique car le salarié ne peut alors se trouver en situation de remplir sa mission syndicale puisque l'ensemble de ceux qu'il peut être amené à représenter se trouve en dehors de l'entreprise, l'employeur ne pouvant leur fournir de travail.

173. Cas de la désignation au cours du préavis de licenciement.- En outre, lorsque la désignation d'un délégué syndical survient postérieurement, mais dans un temps proche, de la notification du licenciement du salarié, il convient d'envisager deux hypothèses en fonction de la dispense ou non de l'exécution du préavis. Lorsque le salarié est désigné au cours de celui-ci, la désignation sera valable et ce jusqu'à ce que le contrat prenne fin, c'est-à-dire à l'issue du préavis¹⁴⁸ : pour autant, dans ce cas, le salarié ne pourra bénéficier du statut protecteur des représentants du personnel, l'employeur n'ayant pas à demander une autorisation de licenciement à l'inspecteur du travail¹⁴⁹. Dans la seconde hypothèse, lorsque le salarié est dispensé d'exécuter son préavis, une jurisprudence ancienne allait dans le sens d'une impossibilité de le désigner délégué syndical car il ne travaille plus dans l'entreprise¹⁵⁰. Cependant, à la lumière de l'arrêt du 29 octobre 2003¹⁵¹ rendu à propos d'un représentant syndical au comité d'entreprise, il semblerait que, le contrat de travail ne prenant fin qu'à l'issue du préavis, un salarié puisse être désigné délégué syndical pendant toute la période du préavis, même lorsqu'il est dispensé d'exécuter celui-ci.

¹⁴⁶ Cass. Soc., 27 avril 1978, n°78-60.012, Bull. Soc., 1978, n°302, et JurisClasseur Travail traité, Fasc. 28-10, Régime de droit commun, II, B, 1°.

¹⁴⁷ Cass. Soc., 18 mars 1985, n°84-60.686, Inédit.

¹⁴⁸ Cass. Soc., 29 octobre 2003, n°02-60.638, Bull. Civ. V, 2003, n°269.

¹⁴⁹ Cass. Soc., 28 janvier 1976, n°74-14.750, Bull. Soc., 1976, n°54, et Cass. Crim. 9 mars 1982, n°81-92.086, Bull. Crim., 1982, n°74.

¹⁵⁰ Cass. Soc., 24 février 1971, n°70-60.115, Bull. Soc., 1971, n°157, Cass. Soc., 12 juin 1974, n°74-60058, Bull. Soc., 1974, n°368 et Cass. Soc., 2 avril 1981, n°80-60.413, Bull. Soc., 1981, n°323.

¹⁵¹ Précité, note 148.

174. Une autre condition, liée à celle d'appartenance à l'entreprise mais semblant donner moins de prise à une quelconque contestation puisqu'elle peut être vérifiée assez facilement, réside dans l'article L. 2143-1 du Code du travail : une ancienneté d'au moins un an.

C – Condition d'ancienneté

175. Appréciation de l'ancienneté.- Ce critère est facilement identifiable dans la majorité des situations : il convient de regarder quand le salarié a été embauché dans l'entreprise. On peut noter que la durée minimale légale peut être réduite par voie conventionnelle¹⁵². En outre, le second alinéa de l'article L. 2143-1 dispose que « ce délai d'un an est réduit à quatre mois en cas de création d'entreprise ou d'ouverture d'établissement ». Cette réduction a été à la source d'un contentieux quant à l'impact qu'elle pouvait avoir sur la condition d'effectif, qui doit être remplie pendant 12 mois. La chambre sociale de la Cour de cassation a considéré que la condition posée par l'article L. 2143-3 quant à l'effectif de l'entreprise ou de l'établissement était déterminante¹⁵³.

176. Par ailleurs, il faut noter que l'ancienneté s'apprécie au niveau de l'entreprise. Le salarié ayant été muté dans différents établissements de l'entreprise à laquelle il appartient depuis plus d'un an pourra être désigné délégué syndical dans celui où il exercera son activité et ce même s'il n'y est affecté que depuis quelques mois¹⁵⁴. La Cour de cassation retient la même solution dans le cadre d'un salarié qui exerce son activité dans différentes sociétés d'un même groupe¹⁵⁵.

177. De plus, lorsque le salarié a bénéficié d'un ou plusieurs contrats successifs et distincts, séparés par une ou plusieurs périodes d'interruption, la condition d'ancienneté doit être appréciée au regard du cumul de la durée de ces contrats¹⁵⁶. En revanche, une période de stage ne pourra pas être prise en compte dans ce calcul¹⁵⁷. En outre, dans le cadre de l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail¹⁵⁸, ou lorsque le transfert du contrat de

¹⁵² Cass. Soc., 13 mars 1974, n°73-60.169, Bull. Soc., 1974, n°176.

¹⁵³ Cass. Soc., 29 mai 1991, n°90-60.361, Inédit.

¹⁵⁴ Cass. Soc., 6 janvier 1977, n°76-60.216, Bull. Soc., 1977, n°5.

¹⁵⁵ Cass. Soc., 7 mars 2001, n°99-60.442, Bull. Civ. V, 2001, n°75.

¹⁵⁶ Cass. Soc., 21 juillet 1986, n°85-60.681, Bull. Civ. V, 1986, n°451 et Cass. Soc., 15 mai 1991, n°90-60.310, Bull. Civ. V, 1991, n°244.

¹⁵⁷ Cass. Soc., 26 novembre 2003, n°02-60.624, Bull. Civ. V, 2003, n°303.

¹⁵⁸ Cass. Soc., 20 décembre 1988, n°87-60.276, Bull. Civ. V, 1988, n°673.

travail est prévu conventionnellement¹⁵⁹, il conviendra de prendre en compte l'ancienneté acquise antérieurement pour apprécier la durée d'emploi requise à l'article L. 2143-1.

178. Condition d'ancienneté dans les entreprises de travail temporaire.- Enfin, une règle spéciale existe dans les entreprises de travail temporaire. L'article L. 2143-2 réduit la condition d'ancienneté à six mois. « Elle est appréciée en totalisant les périodes pendant lesquelles les salariés ont été liés à ces entreprises par des contrats de mission au cours des dix-huit mois précédant la désignation du délégué syndical ». Par plusieurs arrêts du 4 février 2004¹⁶⁰, la chambre sociale a apporté des précisions quant à cette règle et notamment sur le fait qu'il n'est pas nécessaire que le salarié soit en mission au moment de la désignation. Il y a ici un tempérament, évident, à la condition d'appartenance à l'entreprise.

179. La loi du 20 août 2008, bien que ne modifiant pas l'article L. 2143-1, a ajouté une condition personnelle essentielle à la désignation d'un délégué syndical : celui-ci doit être un des candidats ayant recueilli au moins 10% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles.

D – Le critère de l'audience électorale

180. Principe : la légitimité électorale du salarié désigné.- Désormais, l'article L. 2143-3 du Code du travail impose que le délégué syndical, choisi par l'organisation syndicale représentative, le soit parmi « les candidats aux élections professionnelles qui ont recueilli au moins 10% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants ».

181. Une circulaire d'application¹⁶¹ de la loi du 20 août 2008 l'a rapidement précisé : le salarié désigné doit « avoir obtenu au moins 10% des voix sur son nom, en tant que membre titulaire ou membre suppléant ». Il faut relever que rien n'impose que ce salarié se soit présenté aux élections du comité d'entreprise : il pourra remplir la condition de l'audience personnelle aux élections des délégués du personnel. Ainsi, contrairement à la mesure de la représentativité des organisations syndicales pour laquelle le niveau du comité

¹⁵⁹ Cass. Soc., 19 septembre 2007, n°06-60.153, Bull. Civ. V, 2007, n°134.

¹⁶⁰ Cass. Soc., 4 février 2004, n°02-60.028, Bull. Civ. V, 2004, n°37.

¹⁶¹ Circulaire DGT n°20 relative à la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et du temps de travail du 13 novembre 2008 – Fiche n°2.

d'établissement ou du comité d'entreprise doit être privilégié¹⁶², le salarié désigné pourra avoir recueilli l'audience aux élections des délégués du personnel. Elle repose, comme pour les organisations syndicales, sur les résultats des élections du premier tour, et ce, que le quorum ait été atteint ou non.

182. Exceptions au principe.- Dans certains cas, le deuxième alinéa de l'article L. 2343-3 prévoit que la condition de légitimité électorale du salarié désigné puisse être écarté. Lorsqu'il ne reste plus, entre deux élections professionnelles, de candidats ayant obtenu au moins 10% des voix, « une organisation syndicale représentative pourra désigner un délégué syndical parmi les autres candidats ou, à défaut, parmi ses adhérents ». Selon la Cour de cassation, cette dérogation à l'obligation de désigner un candidat ayant obtenu au moins 10% des voix ne peut jouer dès lors que l'organisation syndicale dispose de candidats remplissant cette condition, même s'ils ont fait connaître leur souhait de ne pas exercer le mandat de délégué syndical, et ont unanimement décidé de le confier à un salarié non-candidat¹⁶³.

183. Dans le cadre d'entreprises constituées de plusieurs établissements, une exception au principe de légitimité électorale existe pour le délégué syndical central. Celle-ci a été énoncée par la chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 16 novembre 2011¹⁶⁴. En effet, considérant que l'article L. 2143-5 du code du Travail relatif au délégué syndical central ne subordonne pas la désignation d'un délégué syndical central à l'obtention, par ce dernier, d'un score électoral, la condition d'audience qui impose au délégué syndical d'avoir recueilli 10 % des suffrages aux élections ne s'applique donc pas au délégué syndical central. Il s'en déduit qu'un syndicat peut désigner, dans certaines entreprises, comme délégué syndical central un salarié qui ne s'est pas présenté aux élections. Cette jurisprudence établit une véritable différence de traitement selon que l'effectif de l'entreprise, lieu de la désignation, est d'au moins deux mille salariés ou non. En effet, dans celles qui comptent moins de deux mille salariés, le délégué syndical central est nécessairement un délégué syndical désigné au sein d'un établissement : il devra donc remplir le critère de l'audience électorale au niveau de celui-ci. En revanche, dans les entreprises de plus de deux mille salariés, un mandat « cadeau » est attribué aux organisations syndicales représentatives puisque tout salarié de l'entreprise pourra être désigné, sans conditions.

¹⁶² Cass. Soc., 13 juillet 2010, n°10-60.148, Bull. Civ. V, 2010, n°176.

¹⁶³ Cass. Soc., 29 juin 2011, n°10-60.394, Bull. Civ. V, 2011.

¹⁶⁴ Cass. Soc., 16 novembre 2011, n°10-28.201, Bull. Civ. V, 2011.

184. Scrutin de liste ou scrutin uninominal ?.- La doctrine s'est interrogée sur le point de savoir si le score électoral du salarié devait être apprécié en prenant en compte l'ensemble des bulletins en faveur de la liste de l'organisation syndicale ou si l'on devait en soustraire le nombre de bulletins sur lesquels son nom était rayé. Logiquement, dans le cas le plus simple où l'on se limiterait à étudier les seules élections au comité d'entreprise, on pourrait considérer que ce scrutin en induit en réalité deux. En effet, coexistent un scrutin de liste permettant de déterminer quelles sont les organisations syndicales représentatives et un scrutin nominatif permettant de déterminer les candidats pouvant être, éventuellement, désignés comme délégués syndicaux. Ce raisonnement conduirait à retenir le second mode de calcul du score électoral des salariés : on déduirait des bulletins obtenus par la liste à laquelle il appartient ceux sur lesquels son nom a été rayé. La position de l'administration va dans ce sens : sont prises « en compte les voix portées sur son nom et non les voix portées sur la liste (la différence est liée aux éventuelles ratures de son nom)¹⁶⁵ ».

185. Niveau d'appréciation du score électoral.- Des interrogations sont apparues quant au niveau d'appréciation du score électoral. En effet, le salarié ne pouvant être candidat que dans un collège, il semblait normal que l'audience soit appréciée au niveau de celui-ci et non dans l'ensemble de l'entreprise. Cependant, les textes étant imprécis sur ce point, certains employeurs ont considéré, par une lecture stricte de l'article L. 2143-3 du Code du travail, que la désignation d'un salarié n'obtenant pas au moins 10% des suffrages exprimés au premier tour des élections professionnelles dans l'entreprise était invalide. La Cour de cassation, dans un arrêt du 29 juin 2011, a censuré cette position¹⁶⁶ : « le score minimal de 10% des suffrages exprimés au profit d'un salarié, tel que fixé par l'article L. 2143-3 du Code du travail, se calcule sur le seul collège au sein duquel sa candidature a été présentée ». L'administration a pris la même position dans sa circulaire du 27 juillet 2011¹⁶⁷ : « les voix sont rapportés au nombre de bulletins valables recueillis pour l'ensemble des listes de son collège, pour obtenir le pourcentage sur son nom ». Cette solution est logique car il semble extrêmement difficile, dès lors qu'il y a plusieurs collèges dans l'entreprise, pour le candidat d'obtenir un score électoral suffisant au niveau de l'entreprise alors même qu'il l'aura dans le collège où il s'était présenté.

¹⁶⁵ Circulaire d'information DGT n°6 du 27 juillet 2011 répondant aux questions posées dans le cadre de la mise en œuvre de la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

¹⁶⁶ Cass. Soc., 29 juin 2011, n° 10-19.921, Bull. Civ. V, 2011.

¹⁶⁷ Précitée, note 165.

186. Enfin, il convient de préciser qu'un syndicat peut désigner un salarié élu d'une autre liste syndicale¹⁶⁸ : l'organisation syndicale est seule juge des capacités du salarié à exercer les fonctions qu'elle lui confierait, et les prérogatives qui y sont attachées. La désignation du délégué syndical devra remplir en outre un certain nombre de conditions de forme sans quoi elle pourra être contestée par l'employeur. Les conditions de fond vues précédemment devront nécessairement être réunies.

IV. Importance du respect du formalisme de la désignation

187. Sont inscrites à l'article L. 2143-7 du Code du travail les formalités de la désignation d'un délégué syndical. Deux actions doivent être engagées : la désignation donne lieu à une notification à l'employeur (A) et un affichage doit être effectué sur les panneaux réservés aux communications syndicales (B).

A – La notification à l'employeur de la désignation

188. Aux termes de l'article L. 2143-7, il apparaît que le nom du délégué syndical désigné est porté à la connaissance de l'employeur. Cette communication doit donner lieu à une copie qui sera adressée dans le même temps à l'inspecteur du travail. De plus, l'article L. 2143-7 renvoie à un décret pour les conditions dans lesquelles se fait cette communication. Celui-ci a été codifié à l'article D. 2143-4 du Code du travail et dispose « les nom et prénoms du ou des délégués syndicaux [...] sont portés à la connaissance de l'employeur soit par lettre recommandée avec avis de réception, soit par lettre remise contre récépissé ». Le peu de précisions de ces deux textes peut poser un certain nombre de problèmes en pratique, or la portée de la notification est très importante.

189. En effet, la date portée sur l'avis de réception ou sur le récépissé en cas de remise en main propre fait foi entre les parties. A compter de cette date, l'employeur a un délai de 15 jours pour contester la désignation comme le prévoit l'article L. 2143-8 du Code du travail. Le salarié bénéficie dans un même temps de la protection prévue aux articles L. 2411-3 et suivants du même code, et de tous les accessoires à l'exercice de ses fonctions, et ce, quand bien même l'employeur contesterait la désignation. L'enjeu de la détermination de la date de notification à l'employeur est donc majeur, même si les textes sont succincts sur le sujet. La Cour de cassation a précisé les conditions dans lesquelles elle doit avoir lieu en

¹⁶⁸ Cass. Soc., 13 janvier 2010, n°09-60.108, Bull. Civ. V, 2010, n°12.

identifiant la personne à laquelle elle doit être adressée (2), le périmètre de la désignation (1), et le contenu du courrier (3).

1° Le périmètre de la désignation du délégué syndical

190. Approche fonctionnelle de la notion d'établissement distinct. - Puisque l'existence d'une section syndicale est cadre de la désignation d'un délégué syndical¹⁶⁹, s'est posée la question du périmètre de la section syndicale. En effet, lorsque l'entreprise est divisée en plusieurs établissements distincts, les sections syndicales seront constituées au niveau de chacun d'eux. Dès lors, la jurisprudence retenait que « la désignation d'un délégué syndical doit s'effectuer dans le cadre de l'établissement distinct et qu'elle est subordonnée à la création d'une section syndicale dans ledit établissement »¹⁷⁰. Jusqu'à une période récente, deux conditions cumulatives permettaient de caractériser un établissement distinct permettant la désignation d'un délégué syndical : l'existence d'une communauté de travail, regroupant au moins cinquante salariés, ayant des intérêts propres et travaillant sous la direction d'un représentant de l'employeur¹⁷¹. La chambre sociale avait une approche « fonctionnelle » de la notion d'établissement distinct : une difficulté résidait dans le fait que cette notion ne recevait pas la même définition pour délimiter le cadre de constitution des comités d'établissement.

191. Coïncidence du périmètre de la désignation du délégué syndical et du cadre de mise en place du comité d'entreprise ou d'établissement.- La réponse de la Cour de cassation à cette interrogation, attendue par certains auteurs¹⁷², a été donnée dans un arrêt du 10 novembre 2010¹⁷³, solution confirmée depuis¹⁷⁴. En effet, la chambre sociale déduit de l'application combinée des articles L. 2121-1-5°, L. 2122-1, L. 2143-3 et L. 2143-12 du Code du travail que « le périmètre de désignation des délégués syndicaux est le même que celui retenu, lors des dernières élections, pour la mise en place du comité d'entreprise ou d'établissement, sauf accord collectif en disposant autrement ». Cette décision s'inscrit dans la logique de la loi du 20 août 2008 en ce que l'audience électorale s'apprécie en fonction des résultats obtenus aux dernières élections du comité d'entreprise ou du comité d'établissement, les partenaires sociaux pouvant prévoir un périmètre de désignation plus restreint par accord.

¹⁶⁹ Cf. II. Conditions tenant à l'auteur de la désignation.

¹⁷⁰ Cass. Soc., 29 octobre 1987, n°87-60.133, Inédit et Cass. Soc., 10 octobre 1990, n°88-60.751, Inédit.

¹⁷¹ Cass. Soc., 6 mars 2002, n°00-60.268, Inédit.

¹⁷² D. Gillouet, La désignation du délégué syndical après la loi du 20 août 2008, JCP S 2010, 1136.

¹⁷³ Cass. Soc., 10 novembre 2010, n°09-60.451, Bull. Civ. V, 2010, n°256.

¹⁷⁴ Cass. Soc., 18 mai 2011, n°10-60.383, Bull. Civ. V, 2011.

Une fois le cadre de la désignation défini, il est nécessaire de rechercher à qui elle doit être adressée.

2° Le destinataire de la désignation

192. Entreprises à établissements multiples.- En application de l'article L. 2143-7 du Code du travail, il s'agit de porter la désignation « à la connaissance de l'employeur ». Le délai de contestation court donc à compter de ce moment. Dans le cas d'une entreprise à établissements distincts, dans un premier temps, la Cour de cassation considérait que la simple notification aux « responsables des établissements de la société » n'était pas valable¹⁷⁵. Dans un second temps, elle a assoupli sa position, admettant que la désignation d'un délégué syndical d'établissement peut être notifiée au chef du même établissement si celui-ci bénéficie d'une délégation de pouvoirs permettant de l'assimiler au chef d'entreprise¹⁷⁶. Aujourd'hui, cela sera presque toujours le cas en raison des critères dégagés depuis par la jurisprudence pour caractériser l'établissement distinct.

193. Sociétés anonymes.- De plus, dans les sociétés anonymes, la notification doit être faite au président du conseil d'administration qui est le représentant légal de la société. Cependant, par l'application de l'article L. 225-56 du Code de commerce, la notification au directeur général a été rendue possible puisqu'il a le pouvoir d'ester en justice au nom de la société.

194. Unités économiques et sociales.- Enfin, dans le cas particulier des unités économiques et sociales, lorsqu'elles ont été reconnues préalablement, la désignation pourra être valablement notifiée à une seule personne lorsque celle-ci représente toutes les sociétés les composant¹⁷⁷. En revanche, lorsque l'unité économique et sociale n'a pas été reconnue, il est nécessaire, à peine de nullité de la désignation, lors de la notification à tous les représentants légaux de chacune des sociétés concernées, d'indiquer son existence et sa composition¹⁷⁸. Par ailleurs, toute désignation devra être accompagnée d'un certain nombre de précisions sans quoi sa validité pourrait être remise en cause.

¹⁷⁵ Cass. Soc., 12 mars 1991, n°89-61.554, Bull. Civ. V, 1991, n°130.

¹⁷⁶ Cass. Soc., 9 juin 1999, n°98-60.365, Bull. Civ. V, 1999, n°274.

¹⁷⁷ Cass. Soc., 26 novembre 2003, n°02-60.388, Bull. Civ. V, 2003, n°302.

¹⁷⁸ Cass. Soc., 6 février 2002, n°00-60.440, Bull. Civ. V, 2002, n°56.

3° Précisions, supplémentaires, quant au contenu du courrier de désignation

195. Périmètre de la désignation.- Si la définition du périmètre de désignation paraît parfois évidente, aux vues de la jurisprudence, il est nécessaire d'en faire mention dans le courrier de désignation. En effet, la Cour de cassation considère depuis un arrêt du 18 juillet 2000¹⁷⁹ que le syndicat doit, à peine de nullité, indiquer le lieu de la désignation dans la notification : soit l'établissement, soit l'entreprise. Cela permettra de fixer les limites du litige dans le cas d'une éventuelle contestation de la représentativité de l'organisation syndicale ou des conditions que doit remplir le salarié désigné. On pourrait imaginer qu'en l'absence de mention du périmètre, le juge aurait à se prononcer, mais ce n'est pas la position retenue par la chambre sociale¹⁸⁰. En effet, considérant que la détermination du périmètre est une prérogative de « l'autorité déléguante exclusivement », le juge ne peut statuer sur ce point : il ne pourra se substituer à celle-ci lorsqu'aucun périmètre de désignation n'a été défini ou qu'il l'a été de manière inadéquate.

196. Qualité de la désignation.- La désignation d'un salarié par une organisation syndicale pouvant exister pour plusieurs mandats syndicaux, il est nécessaire d'indiquer la qualité en laquelle le salarié est désigné. La Cour de cassation, dans un arrêt du 29 mars 2005¹⁸¹ considère même, qu'en l'absence de mention des fonctions faisant l'objet de la désignation, celle-ci sera nulle. On peut donc considérer qu'il s'agit d'une mention obligatoire devant figurer dans la notification au chef d'entreprise de la désignation. Par ailleurs, une publicité de celle-ci doit être effectuée.

B – La publicité par l'affichage sur le panneau réservé aux communications syndicales

197. Aux termes de l'article L. 2143-7 du Code du travail, les noms du ou des délégués syndicaux « sont affichés sur des panneaux réservés aux communications syndicales ». Cet affichage doit donc avoir lieu sur les panneaux réservés aux communications syndicales des différentes sections syndicales qui sont prévus à l'article L. 2142-3 du Code du travail. Cependant, aucun texte ne vient préciser les conditions dans lequel

¹⁷⁹ Cass. Soc., 18 juillet 2000, n°99-60.431, Bull. Civ. V, 2000, n°303.

¹⁸⁰ Cass. Soc., 31 mars 2010, n°09-60.390, Inédit.

¹⁸¹ Cass. Soc., 29 mars 2005, n°04-60.166, Bull. Civ. V, 2005, n°103.

cet affichage doit avoir lieu. La Cour de cassation a du trancher certaines questions quant à la forme qu'il doit prendre et les conséquences de l'opposition de l'employeur à l'affichage d'une désignation (1), mais aussi quant à ses effets (2).

1° Lieu de l'affichage et opposition de l'employeur à l'exercice de cette formalité

198. Conséquences pour l'employeur de son opposition à l'affichage.- La question de la sanction de l'employeur se pose alors lorsqu'il formulait une interdiction ou qu'il refusait que les organisations syndicales ayant désigné un délégué syndical procèdent à l'affichage de celle-ci. La question semble avoir été tranchée, indirectement, dans un arrêt de la chambre criminelle. En l'espèce¹⁸², l'employeur, contestant la désignation, avait interdit l'affichage par l'organisation syndicale tant que le litige n'avait pas été tranché. La Cour de cassation a considéré ici qu'il y avait un délit d'entrave, et ce, que la désignation soit postérieurement annulée par le juge ou non.

199. Lieu d'affichage de la désignation.- Lorsque l'entreprise n'est constituée que d'un établissement, le lieu de l'affichage ne pose pas de problèmes. En revanche, lorsque des comités d'établissement existent et qu'un comité central d'entreprise a été constitué, des interrogations peuvent apparaître. Pour les délégués syndicaux désignés au niveau des établissements, il va de soi que l'affichage se fait au sein de l'établissement concerné ; pour les délégués syndicaux centraux, il convient de s'interroger sur le lieu de l'affichage : doit-il être effectué dans tous les établissements, seulement dans l'établissement dont est issu le salarié désigné, ou au siège de l'entreprise ? La Cour de cassation a tranché la question dans un arrêt du 15 février 2006¹⁸³ : l'affichage de la désignation d'un délégué syndical central doit avoir été fait au siège de l'entreprise, également siège du comité central d'entreprise, où elle est amenée à prendre effet en premier lieu. Il semblerait donc que l'affichage n'ait pas à être effectué au sein de tous les établissements, ce qui peut paraître étrange quant aux effets qu'il emporte.

¹⁸² Cass. Crim., 27 février 1990, n°88-83.594, Inédit.

¹⁸³ Cass. Soc., 15 février 2006, n°05-60.178, Bull. Civ. V, 2006, n°71.

2° Les effets de l'affichage

200. Objet de l'affichage.- La notification à l'employeur de la désignation d'un délégué syndical est le moyen pour l'organisation syndicale de porter à sa connaissance celle-ci. L'affichage a le même objet puisqu'il ouvre le délai de contestation, prévu à l'article L. 2143-8 du code du Travail, dont bénéficient les autres organisations syndicales et les salariés de l'entreprise. Cet affichage ne constitue pas une condition de validité de la désignation, il « permet seulement aux salariés de l'entreprise et aux autres organisations syndicales de la contester dans le délai de quinze jours prévu à l'article L. 2143-8 à dater du jour où ils auront été informés de la désignation »¹⁸⁴.

201. Extension de la forme selon laquelle la désignation est connue.- Postérieurement, la Cour de cassation a assoupli sa position quant à l'ouverture du délai de contestation. En effet, elle n'exige plus nécessairement que la désignation soit portée à la connaissance des salariés de l'entreprise et des autres organisations syndicales par voie d'affichage, cela peut être fait « par tout autre moyen »¹⁸⁵, les salariés ont pu apprendre la désignation indirectement. C'est à la lumière de cette ligne jurisprudentielle que semble devoir être lu l'arrêt du 23 septembre 2009¹⁸⁶, l'affichage au seul siège de l'entreprise de la désignation d'un délégué syndical central « fixe le point de départ du délai de contestation pour les organisations syndicales représentées dans l'entreprise et les salariés qui y sont employés ». Il paraît alors logique que la désignation ne fasse pas, nécessairement, l'objet d'un affichage dans l'ensemble des établissements de l'entreprise puisque les uns et les autres ont pu l'apprendre « indirectement », par un autre moyen.

202. Toutes les entreprises où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives entrent donc dans le champ d'application de la négociation obligatoire, la présence de délégués syndicaux désignés permettant la tenue de celle-ci. D'autres entités peuvent, par ailleurs, et à d'autres conditions, être assujetties à l'obligation de négocier en certaines matières.

¹⁸⁴ Cass. Soc., 28 mai 1975, n°74-60.146, Bull. Soc., 1975, n°285.

¹⁸⁵ Cass. Soc., 19 juillet 1979, n°79-60.184, Bull. Soc., 1979, n°654, Cass. Soc. 4 février 1997, n°95-60.982, Bull. Civ. V, 1997, n°51 et Cass. Soc. 18 juin 2003, n°01-60.790, Inédit.

¹⁸⁶ Cass. Soc., 23 septembre 2009, n°08-60.520, Bull. Civ. V, 2009, n°199.

Sous-section 2 – Cas particuliers

203. Tant le législateur, notamment à travers les articles L. 2242-15, L. 2242-19 et L. 2242-20 du Code du travail, que la Cour de cassation depuis les années 1975 et l'administration ultérieurement ont étendu le champ d'application de la négociation au sens strict du terme. Cette extension touche à la fois l'obligation générique de négocier (§1) que des obligations dans des domaines spécifiques pour lesquels la loi détermine un champ d'application *ad hoc* (§2).

§1. Les unités économiques et sociales

204. Si la notion d'unité économique et sociale n'apparaît que dans de rares articles du Code du travail, cela tient au fait qu'il s'agit d'une notion créée par la Cour de cassation (I). Ses contours, notamment en matière de négociation collective, n'ont que partiellement été précisés (II).

I. La notion d'unité économique et sociale

205. Création de la notion par la chambre criminelle de la Cour de cassation.- C'est par un arrêt de cassation du 23 avril 1970¹⁸⁷ que la chambre criminelle de la Cour de cassation a créé la notion d'unité économique et sociale. Dans cette décision, elle censurait l'arrêt de la Cour d'appel qui n'avait pas recherché si la création d'une société, quand bien même elle serait juridiquement régulière et économiquement justifiée, n'avait pas été utilisée pour faire échec à la loi. En l'espèce, le découpage d'une même entreprise en sociétés ayant la personnalité morale avait été organisé par le dirigeant aux seules fins d'éviter l'assujettissement à l'obligation de mettre en place des institutions représentatives du personnel et de diviser artificiellement le corps électoral.

206. « Récupération » de la notion par la chambre sociale de la Cour de cassation.- Par un arrêt du 8 juin 1972¹⁸⁸, la chambre sociale de la Cour de cassation a repris et consacré la notion d'unité économique et sociale dans le cas d'une répartition fictive du personnel de manière à laisser à chaque société, exerçant la même activité sous une autorité unique dans les mêmes locaux et avec le même matériel, un effectif inférieur à cinquante

¹⁸⁷ Cass. Crim., 23 avril 1970, n°68-91.333, Bull. Crim., 1970, n°144.

¹⁸⁸ Cass. Soc., 8 juin 1972, n°71-12.860, Bull. Soc., 1972, n°418.

salariés afin d'éluder les prescriptions de l'ordonnance du 22 février 1945 modifiée¹⁸⁹ relative à la constitution du comité d'entreprise.

207. Consécration législative de la notion.- C'est dans la deuxième loi Auroux¹⁹⁰, relative au développement des institutions représentatives du personnel, qu'est reprise par le législateur, pour la première fois, la notion d'unité économique et sociale. Elle prévoit que « lorsqu'une unité économique et sociale regroupant cinquante salariés ou plus est reconnue par convention ou par décision de justice entre plusieurs entreprises juridiquement distinctes, la mise en place d'un comité d'entreprise commun est obligatoire ». Ainsi, l'unité économique et sociale avait, initialement, pour finalité la mise en place d'une institution représentative du personnel, le comité d'entreprise. Celle-ci est toujours poursuivie aujourd'hui et ce, le plus souvent, en l'absence de toute fraude : de nombreuses unités économiques et sociales sont reconnues par convention.

208. Multiplication des références textuelles à la notion.- La notion a, par ailleurs, été reprise par le législateur dans d'autres domaines à partir du début des années 2000. Depuis une loi du 19 février 2001 sur l'épargne salariale¹⁹¹, l'unité économique et sociale qui regroupe plus de cinquante salariés doit mettre en place un dispositif de participation des salariés aux résultats de l'entreprise conformément à l'article L. 3322-2 du Code du travail. De même, une loi du 17 janvier 2002¹⁹², modifiant l'ancien article L. 321-4-1 du Code du travail devenu L. 1235-10, introduit la notion d'unité économique et sociale quant à l'appréciation de la validité du plan de sauvegarde de l'emploi. Son introduction dans ces deux domaines peut apparaître critiquable car, à l'origine, elle avait été créée, par la Cour de cassation, uniquement dans le cadre de la représentation du personnel. Ainsi, si l'approche fonctionnelle de l'unité économique et sociale ne souffrait, à l'origine, d'aucune contestation, puisqu'elle permettait la mise en place d'un comité d'entreprise commun à plusieurs entreprises juridiquement distinctes, des difficultés apparaissent en raison de l'absence de définition par le législateur de cette notion, renvoyant ainsi implicitement à la jurisprudence.

¹⁸⁹ Ordonnance du 22 février 1945 instituant les comités d'entreprise, n°45-280, JO 23 février 1945.

¹⁹⁰ Loi n°82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel (2^{ème} loi Auroux), JO 29 octobre 1982.

¹⁹¹ Loi n°2001-152 du 19 février 2001 sur l'épargne salariale, JO 20 février 2001.

¹⁹² Loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, JO 18 janvier 2002.

209. Extension par l'administration de la notion.- Si la loi Auroux ne mentionnait que les seuls comités d'entreprise, l'administration¹⁹³ a rappelé que la jurisprudence antérieure¹⁹⁴ qui reconnaissait l'existence de l'unité économique et sociale pour la désignation de délégués syndicaux ou l'élection des délégués du personnel continuait de s'appliquer. En toute logique, la Cour de cassation a étendu cette notion pour la mise en place de la délégation unique du personnel lorsqu'elle peut être envisagée¹⁹⁵.

210. Ainsi, la reconnaissance d'une unité économique et sociale emporte de plus en plus de conséquences. Si des années 1970 aux années 2000, l'utilisation de cette notion se cantonnait à l'institution de la représentation du personnel, le législateur, en l'étendant à d'autres domaines tels que la mise en place du régime de participation ou l'appréciation de la pertinence du plan de sauvegarde de l'emploi, tend à l'étendre quant aux effets que produit sa reconnaissance. Ses conséquences sont nombreuses, tant sur le plan des relations individuelles que des relations collectives de travail. Sur ce dernier terrain, lieu de naissance de la notion, il convient de s'interroger quant à une éventuelle extension à la négociation collective.

II. Négociation collective dans l'unité économique et sociale

211. Aux termes du huitième alinéa du préambule de la Constitution de 1946, « tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ». Le droit de participation des salariés ainsi établi comporte deux branches : d'abord, un droit à la mise en place d'une représentation du personnel et, ensuite, un droit à la négociation collective. Si le premier de ces droits, qui se trouve à l'origine de la notion d'unité économique et sociale, ne peut être discuté, il n'en est pas de même du second qui appelle un certain nombre d'interrogations : la négociation collective existe-t-elle au sein de l'unité économique et sociale (A) ? Dans l'affirmative, celle-ci entre-t-elle dans le champ d'application de la négociation obligatoire (B) ?

¹⁹³ Circulaire du 25 octobre 1983 relative à l'application de la loi n°82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel.

¹⁹⁴ Notamment : Cass. Soc., 24 octobre 1973, n°73-60.123, Bull. Soc., 1973, n°512, Cass. Soc., 22 juillet 1975, n°75-60.121, Bull. Soc., 1975, n°424 et Cass. Soc., 4 mars 1976, n°75-60.154, Bull. Soc., 1976, n°142.

¹⁹⁵ Cass. Soc., 26 juin 1996, n°95-60.898, Inédit.

212. L'unité économique et sociale a une définition jurisprudentielle. Elle peut être reconnue lorsqu'elle est caractérisée par une unité économique et une unité sociale. Ces deux critères sont cumulatifs mais leur existence n'est contrôlée qu'à l'occasion de la procédure judiciaire. Une unité économique et sociale pourrait donc être reconnue par accord sans qu'ils ne soient réunis. Cependant, la jurisprudence semble exiger, même dans le cadre d'une reconnaissance conventionnelle, que l'aspect économique et l'aspect social coexistent¹⁹⁶. Le critère de l'unité sociale a une importance lourde de conséquences en matière de négociation collective (1). Par ailleurs, en certains cas, des établissements distincts peuvent être reconnus au sein de l'unité économique et sociale, cela emporte un certain nombre d'effets (2).

1° Importance de l'unité sociale

213. Caractérisation de l'unité sociale.- Le critère de l'unité économique requiert à la fois une concentration des pouvoirs de direction des différentes entreprises et une communauté d'intérêts entre celles-ci se traduisant par des activités similaires ou complémentaires, et ce, même partiellement¹⁹⁷. Le critère de l'unité sociale, lui, requiert une communauté de salariés. Plusieurs indices permettent de la caractériser. Ils ont été dégagés par la jurisprudence à l'occasion de contentieux sur la reconnaissance d'une unité économique et sociale, le législateur ne les définissant pas et l'administration renvoyant à celle-ci sur ce point ; certains d'entre eux semblent pouvoir emporter, presque systématiquement, la conviction du juge.

214. La permutabilité du personnel.- L'existence de permutations ou de mobilité des salariés entre les différentes sociétés peut permettre de caractériser l'existence d'une unité sociale. La permutabilité du personnel est l'un des indices importants permettant de prouver qu'il existe une véritable communauté de travailleurs. La Cour de cassation l'a relevé à plusieurs occasions : tant dans un arrêt confirmant un jugement ayant rejeté l'existence d'une unité économique et sociale puisque l'absence de permutabilité du personnel entraînait l'inexistence de la communauté de travailleurs et par là même de l'unité sociale¹⁹⁸, que dans des arrêts où l'existence de permutations était de nature à caractériser l'unité sociale entre les

¹⁹⁶ Cass. Soc., 15 mai 1990, n°89-61.521, Bull. Civ. V, 1990, n°221 et Cass. Soc., 10 mai 2000, n°99-60.164, Inédit.

¹⁹⁷ Cass. Soc., 12 janvier 2005, n°03-60.477, Bull. Civ. V, 2005, n°5.

¹⁹⁸ Cass. Soc., 3 février 1993, n°92-60.298, Inédit.

différentes sociétés¹⁹⁹. Il s'agit donc d'un indice important puisqu'en son absence, le juge pourra conclure à l'inexistence de l'unité économique et sociale.

215. Le statut conventionnel commun.- L'unité sociale peut aussi se déduire de l'existence d'un ensemble de normes collectives s'appliquant à un certain nombre de salariés, permettant alors de caractériser une collectivité de travailleurs. Un statut social commun s'ajoutant à un règlement intérieur commun et à la compilation des effectifs des différentes sociétés pour le calcul de la subvention de l'employeur aux œuvres sociales constituent un faisceau d'indices suffisant pour la reconnaissance d'une unité économique et sociale. De même, lorsqu'il existe une politique salariale unique, des avantages sociaux identiques et un seul service de paye, l'unité sociale est bien caractérisée²⁰⁰. En outre, lorsque les salariés de plusieurs sociétés distinctes bénéficient du même règlement intérieur, du même accord de participation, du même régime de prévoyance et de la même convention collective, une collectivité de travailleurs existe²⁰¹, caractérisant l'unité sociale.

216. Récemment, la Cour de cassation a pu caractériser une unité économique et sociale entre plusieurs sociétés appliquant des conventions collectives différentes²⁰² : chacune d'entre elles avait une activité principale différente et relevait d'une convention collective différente. Ces différentes sociétés pourraient donc être considérées comme des établissements distincts au sens de la représentation du personnel. Aussi, certains auteurs ont pu se demander s'il « est possible de reconnaître la présence d'établissements distincts au sein d'une unité économique et sociale » ou s'il fallait « considérer qu'elle forme nécessairement une entreprise à établissement unique »²⁰³.

2° L'existence, éventuelle, d'établissements distincts au sein de l'unité économique et sociale

217. La possible division de l'unité économique et sociale en établissements distincts.- Il semblerait qu'une fois l'unité économique et sociale reconnue, rien ne s'oppose à sa division en établissements distincts. En effet, la Cour de cassation a considéré dans un

¹⁹⁹ Cass. Soc., 13 juillet 2004, n°03-60.425, Bull. Civ. V, 2004, n°219 et Cass. Soc., 15 février 2006, n°05-60.002, Inédit.

²⁰⁰ Cass. Soc., 8 février 1995, n°94-60.226, Inédit.

²⁰¹ Cass. Soc., 10 mai 2000, n°99-60.081, Inédit.

²⁰² Cass. Soc., 22 septembre 2010, n°09-60.394, Inédit.

²⁰³ B. Teyssié, « Droit du travail : Relations collectives », 7^e édition, Editions Litec, 2011.

premier temps que « la reconnaissance d'une unité économique et sociale pour la mise en place d'un comité d'entreprise commun ne fait pas obstacle à la recherche du cadre dans lequel, à l'intérieur de cette unité, il peut être procédé à l'élection de délégués du personnel »²⁰⁴. Par cet arrêt du 21 novembre 1990, la chambre sociale affirme l'incompatibilité de l'existence d'une unité économique et sociale et de l'élection de délégués du personnel à un niveau inférieur. Ultérieurement, elle a considéré que « l'existence d'une unité économique et sociale n'exclut pas la division de celle-ci en établissements distincts pour la désignation de délégués syndicaux d'établissement »²⁰⁵. Ainsi, depuis la loi du 20 août 2008²⁰⁶ et la jurisprudence de la Cour de cassation postérieure portant sur le périmètre de désignation du délégué syndical²⁰⁷, une unité économique et sociale pourrait comporter un comité central et des comités d'établissements. Dans le périmètre de ces derniers, des délégués syndicaux pourront donc être désignés.

218. Répartition des compétences entre juge judiciaire et juge administratif.-

Cette division en établissements distincts pourra être faite par accord entre l'employeur et les organisations syndicales représentatives, lorsque la reconnaissance de l'unité économique et sociale se fait par voie conventionnelle. A défaut d'accord sur ce point, ou lorsque l'existence de l'unité économique et sociale est reconnue par décision de justice, il revient au directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi compétent de déterminer le nombre d'établissements distincts²⁰⁸. Ainsi, le tribunal d'instance, lorsqu'il est saisi d'une demande de reconnaissance d'une unité économique et sociale peut statuer uniquement sur l'existence de celle-ci et non sur la mise en place d'un comité central, « subordonnée à la création de comités d'établissement, laquelle ne relève, elle-même que de l'accord entre le chef d'entreprise et les organisations syndicales intéressées pour la reconnaissance du caractère d'établissement distinct et, à défaut d'accord, de la décision du directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi »²⁰⁹. Ces arrêts éclairent bien la répartition des compétences entre le juge judiciaire et le juge administratif en la matière : au premier revient le contentieux de l'existence d'une

²⁰⁴ Cass. Soc., 21 novembre 1990, n°90-60.046, Bull. Civ. V, 1990, n°577.

²⁰⁵ Cass. Soc., 20 juin 2007, n°06-60.279, Inédit.

²⁰⁶ Loi n°2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et du temps de travail, JO 21 août 2008.

²⁰⁷ Notamment Cass. Soc., 18 mai 2011, n°10-60.383, Bull. Civ. V, 2011.

²⁰⁸ Cass. Soc., 6 juillet 1982, n°82-60.003, Bull. Soc., 1982, n°454 et Cass. Soc., 18 juin 2003, n°02-60.044, Bull. Civ. V, 2003, n°199.

²⁰⁹ Cass. Soc., 14 janvier 1988, n°86-60.508, Bull. Civ. V, 1988, n°46.

unité économique et sociale, au second « la détermination des établissements qui pourraient être distingués à l'intérieur d'un tel ensemble »²¹⁰.

219. Un traitement identique pour deux notions différentes.- Il convient de relever, qu'ici, la Cour de cassation raisonne comme si l'unité économique et sociale était une entreprise : les prérogatives du juge administratif et du juge judiciaire telles que définies, notamment, à l'article L. 2322-5 du Code du travail, sont conservées. En effet, un parallélisme entre la reconnaissance de l'unité économique et sociale par voie conventionnelle et par voie de décision judiciaire aurait pu être imaginé: tout comme l'accord, le jugement du tribunal d'instance aurait pu reconnaître sa division en établissements distincts. La chambre sociale, si elle avait voulu démontrer que la notion d'unité économique et sociale au sens du droit du travail et la notion d'entreprise ne se rejoignent pas, aurait peut être dû permettre au tribunal d'instance, à l'occasion de la reconnaissance d'une unité économique et sociale, de la diviser en établissements distincts. Cependant, il n'en est rien, aussi dans certains domaines intrinsèquement liés à la représentation du personnel, telle que la négociation obligatoire, des incertitudes demeurent.

B – Négociation obligatoire dans l'unité économique et sociale

220. Le législateur a rendu la négociation obligatoire au sein de l'unité économique et sociale en matière de participation des salariés aux résultats de l'entreprise²¹¹. La question des effets de la reconnaissance de l'unité économique et sociale, qu'elle soit conventionnelle ou judiciaire, au regard de l'article L. 2242-1 du Code du travail se pose alors. Si certains éléments tendent à laisser penser qu'il peut exister une « négociation obligatoire d'unité économique et sociale » (2), elle n'est pour l'heure pas admise (1).

1° L'inexistence d'une obligation de négocier au niveau des unités économiques et sociales

221. Interprétation stricte des textes.- L'article L. 2242-1 du Code du travail définit le champ d'application de la négociation obligatoire. Ce texte ne vise que les « entreprises où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives », aussi une interprétation stricte de celui-ci conduit à exclusion de son champ

²¹⁰ Cass. Soc., 10 mai 1983, n°82-60.274, Bull. Soc., 1983, n°255.

²¹¹ Article L. 3322-2 du Code du travail.

d'application les unités économiques et sociales. Ces dernières ne seraient donc pas assujetties à la négociation obligatoire.

222. L'absence de personnalité morale de l'unité économique et sociale.- De plus, « si la reconnaissance d'une unité économique et sociale permet l'expression collective de l'intérêt des travailleurs appartenant à cette collectivité, elle ne se substitue pas aux entités juridiques qui la composent, de sorte qu'elle n'a pas la personnalité morale »²¹². Tout comme le groupe, l'unité économique et sociale ne dispose pas de la personnalité juridique, si elle n'est pas sujet de droit, elle ne devrait pas non plus, pouvoir être partie à un accord. Pourtant, l'administration, la première, considère que la négociation dans ce cadre est une négociation d'entreprise : « les accords collectifs négociés et conclus, au sein d'une unité économique et sociale reconnue, par les organisations syndicales représentatives ayant procédé à la désignation d'un délégué syndical dans ce cadre, sont soumis au régime des conventions et accords d'entreprise, ainsi qu'à leurs conditions de validité »²¹³. Or, depuis 2008, dès lors qu'un délégué syndical est désigné, c'est qu'une section syndicale d'organisation syndicale représentative existe à ce niveau.

223. Le cas de l'unité économique et sociale mono-établissement.- Dès lors, dans le cas où l'unité économique et sociale n'est pas divisée en établissements distincts, des sections syndicales d'organisations syndicales représentatives peuvent exister et des délégués syndicaux ont pu être désignés au niveau de celle-ci. Pour autant, l'unité économique et sociale ne disposant pas de la personnalité morale et n'étant pas une entreprise, il n'y aura pas d'assujettissement à une obligation de négocier en son sein. De plus, les entreprises qui la composent ne comportant pas de section syndicale d'organisations syndicales représentatives, elles échapperont, elles aussi, à la négociation obligatoire.

224. Les cas d'unités économiques et sociales comportant plusieurs établissements distincts.- La situation peut être différente lorsque l'unité économique et sociale est divisée en plusieurs établissements distincts. Lorsque ces derniers correspondent aux entreprises qui la composent, des délégués syndicaux d'établissement ayant été désignés à ce niveau, des sections syndicales d'organisations syndicales représentatives existent au niveau de chaque entreprise. Celles-ci sont donc soumises, à leur niveau, à la négociation

²¹² Cass. Soc., 16 décembre 2008, n°07-43.875, Bull. Civ. V, 2008, n°255.

²¹³ Circulaire DRT du 22 septembre 2004 relative au titre II de la loi n°2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

obligatoire. On se trouve alors dans une situation étrange puisque, dans cette hypothèse, la négociation obligatoire ne doit pas, en principe, se tenir au niveau central – niveau de l'unité économique et sociale – mais au niveau de chaque établissement.

225. Lorsque les établissements distincts ne correspondent pas à des entreprises, *a priori*, aucune obligation de négocier ne pèsera à quelque niveau que ce soit puisqu'il n'existe pas de section syndicale d'organisation syndicale représentative au sein d'une entreprise donnée. Ainsi, la personnalité morale de chaque entreprise est déterminante puisqu'elle a pour effet d'exclure la tenue de la négociation obligatoire au niveau de l'unité économique et sociale. Cependant, celle-ci pourrait voir ses effets évoluer sous l'influence de la jurisprudence et à l'appel de la doctrine.

2° Vers un assujettissement des unités économiques et sociales à la négociation obligatoire ?

226. La négociation obligatoire dans les unités économiques et sociales mono-établissement.- Lorsque dans un arrêt du 2 décembre 2003, la Cour de cassation énonce « qu'en l'absence d'accords collectifs communs aux différentes sociétés composant l'unité économique et sociale, les accords propres à chacune d'elles conservent leur champ d'application respectif »²¹⁴, elle confirme la possibilité de conclure des accords collectifs au niveau de l'unité économique et sociale. Ainsi, dans l'hypothèse où c'est seulement à ce niveau que seraient désignés des délégués syndicaux, certains auteurs²¹⁵ considèrent que les entreprises constituant l'unité économique et sociale seraient contraintes à donner mandat pour tenir la négociation obligatoire à ce niveau.

227. En effet, l'unité économique et sociale est assimilée à une entreprise au sens de la représentation du personnel. Dès lors, la désignation de délégués syndicaux par des organisations syndicales représentatives étant possible dans ce périmètre, cela reviendrait à priver d'effet, du moins en partie, cette désignation si la négociation collective ne pouvait se tenir à ce niveau. On pourrait alors envisager une violation du droit des travailleurs à participer à l'élaboration de leurs conditions de travail garanti par le huitième alinéa du préambule de la Constitution de 1946²¹⁶. La tenue de la négociation obligatoire à ce niveau,

²¹⁴ Cass. Soc., 2 décembre 2003, n°01-47.010, Bull. Civ. V, 2003, n°310.

²¹⁵ N. Dauxerre et G. Laferrière, Unité économique et sociale et négociation collective, JCP S 2006, 1775.

²¹⁶ « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ».

qui est alors le seul possible, se justifie pleinement car c'est l'existence d'une communauté de travailleurs, d'une unité sociale, qui justifie, notamment, la reconnaissance d'une unité économique et sociale : les intérêts des salariés ne sont pas représentés par un autre canal que par celui des délégués syndicaux désignés à ce niveau.

228. La négociation obligatoire dans les unités économiques et sociales pluri-établissements.- Lorsque l'unité économique et sociale est composée de plusieurs établissements, la situation est bien plus complexe. En effet, dans le cas où les établissements distincts correspondent à des entreprises, chacune d'elles, en tant que telle, est assujettie à la négociation obligatoire. Or, il est difficile d'imaginer les organisations syndicales renoncer à négocier à leur niveau – l'employeur risque, en outre, de ne pas être considéré comme ayant rempli son obligation d'ouvrir la négociation – au profit d'une négociation au niveau de l'unité économique et sociale.

229. Pour certains auteurs²¹⁷, dès lors que des délégués syndicaux existent au niveau de l'unité économique et sociale, il sera difficile de refuser d'ouvrir la négociation obligatoire dans ce périmètre. Si des délégués syndicaux ont été désignés dans des entreprises composant l'unité économique et sociale en tant qu'établissements distincts, il sera aussi nécessaire d'ouvrir la négociation obligatoire à ce niveau. Ainsi, l'employeur se trouvera dans la situation ubuesque où coexisteront deux niveaux de tenue de la négociation obligatoire.

230. Position de prudence.- Ainsi, si la prudence recommanderait de mener la négociation obligatoire au niveau des unités économiques et sociales, juridiquement, rien ne permet de dire qu'elles y sont assujetties ni qu'elles entrent dans le champ d'application des articles L. 2242-2 et suivants du Code du travail défini à l'article L. 2242-1 du même Code. Rien non plus ne permet d'affirmer, en certaines hypothèses, que l'employeur sera considéré comme ayant rempli son obligation de négocier. Au contraire, pour les entreprises et groupes d'entreprises de trois cents salariés et plus, et des entreprises et groupes de dimension communautaire une obligation de négocier existe et ne peut être remise en question puisqu'ils sont visés aux articles L. 2242-15 et suivants du Code du travail.

²¹⁷ G. Kesztenbaum et S. Béal, *Négociation collective dans l'entreprise*, 1^{ère} édition, Editions Delmas, 2009.

§2. Entreprises et groupes de plus de trois cents salariés, et entreprises et groupes de dimension communautaire

231. La négociation obligatoire triennale est particulière car les articles qui en définissent la teneur en fixent aussi le champ d'application. Ainsi, les articles L. 2242-15, L. 2242-19 et L. 2242-20 du Code du travail déterminent les entités soumises aux obligations triennales de négocier. Les deux derniers articles font référence au premier, en étendant le contenu. On peut donc considérer que le champ d'application des différentes négociations imposées dans cette section du Code du travail correspond à celui qui est énoncé à l'article L. 2242-15 du même code. Il s'agit des « entreprises et groupes d'entreprises au sens de l'article L. 2331-1 de trois cents salariés et plus, ainsi que des entreprises et groupes d'entreprises de dimension communautaire au sens des articles L. 2341-1 et L. 2341-2 comportant au moins un établissement ou une entreprise de cent cinquante salariés en France ».

232. Ce champ d'application semble pouvoir être divisé en trois catégories, au regard des différents textes applicables à chacune d'elle : les entreprises de trois cents salariés et plus (I), les groupes d'entreprises de trois cents salariés et plus astreints à l'obligation de mise en place d'un comité de groupe (II), et les entreprises et groupes de dimension communautaire soumis à l'obligation de constitution d'un comité d'entreprise européen (III).

I. Les entreprises de trois cents salariés et plus

233. Les entreprises.- Aux termes de l'article L. 2242-15 du Code du travail, toutes les entreprises de trois cents salariés et plus entrent dans le champ d'application de la négociation définie dans ce même texte. Sont concernés tous les employeurs de droit privé, les établissements publics à caractère industriel et commercial et les établissements publics à caractère administratif lorsqu'ils emploient du personnel dans les conditions du droit privé²¹⁸, dès lors qu'ils emploient trois cents salariés et plus.

234. Le seuil d'effectif....- Il n'est pas fait mention dans les articles L. 2242-15 et suivants du Code du travail des modalités de décompte des effectifs. Cela revêt pourtant une grande importance puisque l'assujettissement à ces obligations de négocier en dépend. Dès lors que l'entreprise compte au moins trois cents salariés, de nouvelles contraintes pèsent sur

²¹⁸ Article L. 2211-1 du Code du travail.

elle. Dès l'origine, la loi de programmation pour la cohésion sociale du 18 janvier 2005²¹⁹, en créant l'article L. 2242-15 du même code, mentionnait le seuil d'effectif, sans apporter de précisions quant aux fondements de son décompte ou aux effets immédiats de son franchissement. Ce sont donc les dispositions communes du calcul de l'effectif²²⁰ qui s'appliquent, avec leur lot d'incertitudes quant à la période de référence notamment : en l'absence de précisions, le simple fait de compter trois cents salariés ou plus pendant un « instant de raison » ferait entrer l'entreprise dans le champ d'application des articles L. 2242-15 et suivants du Code du travail.

235. Une circulaire du 30 décembre 2005 est alors intervenue²²¹ et vient préciser les modalités du décompte des effectifs. Ainsi, il convient bien d'appliquer les articles L. 1111-2 et suivants du Code du travail « dans leur rédaction issue de l'article 1^{er} de l'ordonnance n°2004-602 du 24 juin 2004 : l'engagement de la négociation est obligatoire si l'effectif d'au moins trois cents salariés est atteint pendant douze mois, consécutifs ou non, au cours des trois années précédentes ». Cette position est empreinte de bon sens puisqu'elle reprend les modalités de décompte préexistantes pour le seuil de mise en place des institutions représentatives du personnel et de désignation des délégués syndicaux²²². On peut toutefois regretter l'absence de texte légal reprenant ces préconisations.

236. ... unique condition.- Il faut relever que toutes les entreprises employant trois cents salariés et plus entrent dans le champ d'application des articles L. 2242-15 et suivants du Code du travail, qu'il existe ou non une représentation du personnel, une ou des sections syndicales, un ou des délégués syndicaux... En somme, il importe peu que la négociation puisse réellement se tenir, même si les situations dans lesquelles ce ne sera pas le cas sont certainement marginales : l'employeur est juridiquement tenu à une obligation de négocier à la seule condition que l'entreprise compte au moins trois cents salariés.

²¹⁹ Plus précisément l'article 72 de la loi n°2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale, JO 19 janvier 2005.

²²⁰ Articles L. 1111-2 et suivants du Code du travail.

²²¹ Circulaire DGEPP-DRT n°2005/47 du 30 décembre 2005 relative à l'anticipation et à l'accompagnement des restructurations, BOT 2006/2.

²²² Seuil de onze salariés pour la mise en place des délégués du personnel en application de l'article L. 2312-2 du Code du travail.

Seuil de cinquante salariés pour la mise en place du comité d'entreprise en application de l'article L. 2322-2 du même code.

Seuil de cinquante salariés pour la mise en place du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail en application de l'article L. 4611-1, alinéa 2 du même code.

Seuil de cinquante salariés pour la désignation d'un délégué syndical en application de l'article L. 2143-3, alinéa 3 du même code

237. Cas limite des unités économiques et sociales.- La circulaire du 30 décembre 2005²²³ fait entrer dans le périmètre de cette négociation obligatoire les unités économiques et sociales qui comptent au moins trois cents salariés. Une fois encore, l'administration assimile l'unité économique et sociale à l'entreprise, voire au groupe. Cette extension du champ d'application est critiquable car la loi ne les mentionne pas : les préconisations de l'administration vont au-delà de ce que prévoyait la loi sur ce point. Cependant, comme en matière de négociation annuelle obligatoire, la prudence recommanderait de mener les négociations prévues aux articles L. 2242-15 et suivants du Code du travail au niveau des unités économiques et sociales qui comptent au moins trois cents salariés. En outre, ce même texte vise « les groupes d'entreprises au sens de l'article L. 2331-1 de trois cents salariés et plus », c'est-à-dire les groupes au sens du comité de groupe.

II. Les groupes d'entreprises de trois cents salariés et plus astreints à l'obligation de mise en place d'un comité de groupe

238. Aux termes de l'article L. 2331-6 du Code du travail, les dispositions relatives au comité de groupe sont applicables « quel que soit le nombre de salariés employés ». Cependant seuls les groupes qui comptent au moins trois cents salariés, le décompte de ce seuil se faisant selon les modalités prévues aux articles L. 1111-2 et suivants du même code, entrent dans le champ d'application des articles L. 2242-15, peu important que les trois cents salariés soient situés en France ou à l'étranger²²⁴. Les groupes concernés, assujettis à la mise en place d'un comité de groupe sont tous les ensembles formés par une entreprise dominante, dont le siège social est situé en France, et les entreprises qu'elle contrôle (A) ou sur lesquelles elle exerce une influence dominante (B).

A – La notion de contrôle

239. Pour définir le contrôle exercé par la société dominante sur des entreprises, l'article L. 2331-1, I, du Code du travail renvoie à « l'article L. 233-1, I et II de l'article L. 233-3 et à l'article L. 233-16 du Code de commerce ». Le groupe est donc constitué de différentes sociétés qui, bien qu'ayant une identité juridique, sont unies par des liens tels qu'il

²²³ Précitée, note 221.

²²⁴ Circulaire DGEPP-DRT n°2005/47 du 30 décembre 2005 relative à l'anticipation et à l'accompagnement des restructurations, BOT 2006/2.

s'en dégage une véritable unité, la société dominante étant à la tête de celle-ci. En fonction des textes auxquels il est fait référence, la nature de ces liens peut varier.

240. Le contrôle au sens de l'article L. 233-1 du Code de commerce.- Aux termes de l'article L. 233-1 du Code de commerce, « lorsqu'une société possède plus de la moitié du capital d'une autre société, la seconde est considérée [...] comme filiale de la première ». La prise en compte de ce critère, de droit commercial, dans la définition donnée par le Code du travail de la notion de contrôle ne peut être contestée puisque dans une telle situation, bon nombre des actions de la filiale sont dictées par la société dominante.

241. Le contrôle au sens des I et II de l'article L. 233-3 du Code de commerce.- D'après l'article L. 2331-1, I, du Code du travail est considérée comme entreprise dominante au sens du comité de groupe l'entreprise qui est estimée comme en contrôlant une autre à la lecture des I et II de l'article L. 233-3 du Code du commerce. Il résulte de ces dispositions, que l'importance des droits de votes dans les assemblées générales de l'entreprise dominée, conférés par la détention directe ou indirecte d'une fraction de capital ou en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires, permet de constater l'existence d'un contrôle. De plus, le fait, pour une entreprise, de déterminer en fait les décisions des assemblées générales d'une seconde, ou de disposer du pouvoir de nommer ou révoquer la majorité des membres de certains organes de cette dernière, traduit bien l'existence d'un contrôle. Enfin, une entreprise sera considérée comme dominante lorsqu'elle « dispose directement ou indirectement d'une fraction des droits de vote supérieure à 40% et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne ». On peut alors considérer qu'une filiale et une entreprise dominante existent bien, un groupe étant alors constitué au sens du droit du travail, justifiant la mise en place d'un comité de groupe.

242. Le contrôle au sens de l'article L. 233-16 du Code de commerce.- Conformément à l'article L. 233-16 du Code de commerce, dans un certain nombre de cas, les sociétés commerciales devront établir et publier « des comptes consolidés ainsi qu'un rapport sur la gestion du groupe, dès lors qu'elles contrôlent de manière exclusive ou conjointe une ou plusieurs autres entreprises ou qu'elles exercent une influence notable sur celles-ci ». En réalité, ce texte renvoie aux deux articles vus ci-dessus quant à l'appréciation du contrôle exclusif ou conjoint. En revanche, « l'influence notable », qui y est mentionnée, est définie dans des conditions plus étendues que « l'influence dominante ».

B – La notion d'influence dominante

243. Aux termes de l'article L. 2331-1, II, du Code du travail, un comité de groupe est constitué entre une entreprise dominante et les autres entreprises sur lesquelles elle exerce une influence dominante. D'abord, ce texte énonce les conditions dans lesquelles celle-ci est établie, puis est posée la présomption de son existence, en certaines situations.

244. L'exercice d'une influence dominante.- Pour qu'une entreprise soit considérée comme exerçant une influence dominante sur une autre, il suffit qu'elle détienne au moins 10% du capital et que « la permanence et l'importance des relations de ces entreprises établissent l'appartenance de l'une et de l'autre à un même ensemble économique »²²⁵. Si l'influence dominante requiert la détention d'une fraction minimale bien que non négligeable d'une entreprise, les éléments de faits, qui viennent s'y adjoindre, recouvrent bien une réalité. En effet, l'appartenance de plusieurs entreprises à un même ensemble économique a pour effet de leur donner un certain nombre d'intérêts communs.

245. La présomption de l'existence d'une influence dominante.- A la lecture du second alinéa de l'article L. 2331-1, II, du Code du travail, il apparaît qu'une présomption de l'existence d'une influence dominante d'une entreprise sur une autre peut exister, « sans préjudice de la preuve contraire ». Trois éléments permettent de la caractériser : le pouvoir de nomination de plus de la moitié de certains organes d'une entreprise, la disposition de la majorité des voix attachés aux parts émises dans celle-ci ou la détention de la majorité du capital. En réalité, il s'agit d'un certain nombre d'éléments qui permettraient de reconnaître l'existence d'entreprises contrôlées par une entreprise dominante au sens de l'article L. 233-3, I et II du Code de commerce. D'autres entreprises et groupes sont visés par l'article L. 2242-15 du Code du travail, celles et ceux qui entrent dans le champ d'application des articles L. 2341-1 et suivants du même Code.

III. Les entreprises et groupes d'entreprises de dimension communautaire soumis à l'obligation de constitution d'un comité d'entreprise européen

246. Aux termes de l'article L. 2242-15 du Code du travail, entrent dans le champ d'application de l'obligation « les entreprises et groupes d'entreprises de dimension communautaire au sens des articles L. 2341-1 et L. 2341-2 comportant au moins un

²²⁵ Article L. 2331-1, II, alinéa 1^{er} du Code du travail.

établissement ou une entreprise de cent cinquante salariés en France ». En renvoyant aux articles L. 2341-1 et L. 2341-2, ce texte fait implicitement référence aux entreprises (A) et groupes d'entreprises (B) de dimension communautaire soumis à l'obligation de constitution d'un comité d'entreprise européen.

A – Les entreprises de dimension communautaire

247. Trois conditions cumulatives.- La notion d'entreprise de dimension communautaire est issue des directives européennes²²⁶ sur le comité d'entreprise européen. Elle trouve sa place dans les articles L. 2341-1 et suivants du Code du travail. Sera considérée comme une entreprise de dimension communautaire celle qui remplit trois conditions cumulatives : l'emploi d'au moins mille salariés dans les Etats membres de l'Union Européenne ou de l'Espace économique européen, l'existence d'établissements sur le territoire d'au moins deux de ces Etats, et ceux-ci emploient cent cinquante salariés et plus.

248. L'importance de l'effectif.- Il existe donc deux conditions d'effectif à remplir : un minimum global de mille salariés au sein de l'Union Européenne ou de l'Espace économique européen, et un minimum de cent cinquante salariés au sein d'un établissement, dans au moins deux Etats. Par ailleurs, on peut se demander quelle acception de la notion d'établissement doit être retenue. Il semble qu'il ne soit pas possible de se référer à la notion d'établissement telle qu'elle est retenue en droit français pour l'organisation des élections professionnelles : toute implantation de l'entreprise qui emploie des salariés constituera un établissement au sens du droit de l'Union Européenne. Le décompte des effectifs s'effectuera en application des dispositions en vigueur dans le pays de travail des salariés : en France, il conviendra de se référer aux articles L. 1111-2 et suivants du Code du travail, et aux dispositions de droit national dans les autres Etats.

249. Une notion désuète ?.- Il semble qu'il existe aujourd'hui, en réalité, de moins en moins d'entreprises de dimension communautaire. En effet, en droit des sociétés, les différentes conditions auxquelles elles répondent conduisent à ce qu'elles comptent leur siège social dans un Etat de l'Union Européenne et des succursales dans d'autres Etats membres,

²²⁶ Directive 94/45/CE du Conseil du 22 septembre 1994 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs.
Directive 2009/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs (refonte).

ces dernières n'ayant pas la personnalité juridique. En revanche, on compte de nombreux groupes de dimension communautaire.

B – Les groupes d'entreprises de dimension communautaire

250. Une définition par renvois.- Tout comme la notion d'entreprise, celle de groupe de dimension communautaire est issue de la directive de 1994 concernant l'institution du comité d'entreprise européen, et a été reprise dans la directive de 2009 sur le même sujet²²⁷. La définition du groupe de dimension communautaire figure, en droit français, à l'article L. 2341-2 du Code du travail : « on entend par groupe d'entreprises de dimension communautaire, le groupe, au sens de l'article L. 2331-1, satisfaisant aux conditions d'effectifs et d'activité mentionnées à l'article L. 2341-1 et comportant au moins une entreprise employant cent cinquante salariés et plus dans au moins deux des Etats mentionnés à ce même article ».

251. Deux conditions cumulatives et successives.- Tout d'abord, le groupe d'entreprises de dimension communautaire est avant tout un groupe au sens du droit français. Dès lors, il convient de se référer à l'article L. 2331-1 du Code du travail pour caractériser un groupe²²⁸. Ensuite, les différents seuils d'effectifs doivent être pris en considération : le groupe d'entreprises est réputé de dimension communautaire dès lors qu'il emploie au moins mille salariés dans les Etats membres de l'Union Européenne ou de l'Espace économique européen, et qu'au moins deux des entreprises qui la composent sont implantés dans deux des Etats précédents et y occupent chacune au moins cent cinquante salariés.

252. Comme pour les entreprises de dimension communautaires, les seuils d'effectif sont appréciés en application du droit local. En revanche, contrairement à ces dernières, les différentes implantations du groupe d'entreprises dans les différents Etats sont nécessairement des entités dotées de la personnalité morale. Il faut noter que des groupes d'entreprises dont le siège social n'est pas en France, et non assujettis à l'obligation de mettre en place un comité de groupe qui n'entrent pas à ce titre dans le champ d'application de l'obligation triennale de négociation, pourront être soumis à cette dernière en tant que groupe d'entreprises de dimension communautaire.

²²⁷ Précitées, note 226.

²²⁸ Voir II.

Section 2 – Les domaines de la négociation obligatoire

253. En 1982, une obligation de négocier pour certaines entreprises est créée par la troisième loi Auroux²²⁹ et insérée à l'article L. 132-27 du Code du travail. Ce texte imposait à l'employeur d'ouvrir « chaque année une négociation sur les salaires effectifs, la durée effective et l'organisation du temps de travail ». Il s'est enrichi de nouvelles obligations au fil des années, essentiellement en termes de domaines de négociation. Jusqu'en 1999, il n'existait que trois domaines de négociation obligatoire. Aujourd'hui, ils sont au nombre de onze. Dès 1983, l'administration avait considéré que les différents thèmes sur lesquels porte l'obligation de négocier pouvaient être abordés conjointement ou séparément²³⁰ : cette analyse a toujours cours. Cependant, une négociation simultanée sur l'ensemble d'entre eux s'avérerait très difficile, voire impossible. En outre, le champ de la négociation libre a été profondément restreint, il est désormais difficile d'identifier les thèmes qui ne sont pas rattachables d'une manière ou d'une autre à l'un des domaines de l'obligation de négocier de l'employeur.

254. Lors de la recodification du Code du travail survenue en 2008, la négociation obligatoire, qui était jusqu'alors une sous-section de la section relative aux conventions et accords d'entreprises, est devenue un chapitre dans le titre tenant aux domaines et à la périodicité de la négociation obligatoire, qui se tient tant au niveau des branches qu'au sein des entreprises. L'article L. 132-27 a donc été divisé en fonction, notamment, de la périodicité des obligations de négocier : qu'elle soit annuelle (sous-section I) ou triennale (sous-section II).

Sous-section 1 – Les obligations annuelles de négocier

255. Dans le Code du travail, toute une section, insérée dans le chapitre relatif à la négociation obligatoire en entreprise, tient aux obligations annuelles de négocier. Certains thèmes de cette négociation annuelle obligatoire doivent nécessairement être abordés tous les ans (§1), pour d'autres la périodicité de la négociation varie (§2), alors qu'à certaines conditions des thèmes ne feront plus l'objet d'une négociation annuelle (§3).

²²⁹ Loi n°82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail (3^{ème} loi Auroux), JO 14 novembre 1982.

²³⁰ Circulaire DRT n°8 du 5 mai 1983 relative à l'application des dispositions de la loi n°82-957 du 13 novembre 1982 concernant l'obligation annuelle de négocier dans les entreprises, JO 3 juillet 1983.

§1. Les thèmes impératifs de négociation annuelle

256. Dans l'esprit du législateur, certains domaines de négociation semblent devoir être privilégiés au sein des entreprises. En effet, il apparaît que la négociation annuelle obligatoire doit nécessairement porter sur trois thèmes qui, en pratique et au moins pour deux d'entre eux, sont au cœur des préoccupations d'une grande majorité des salariés : les salaires effectifs (I), la durée effective et l'organisation du temps de travail (II), et la suppression des écarts de rémunération entre les femmes et les hommes (III).

I. Les salaires effectifs

257. Une notion au contenu indéfini.- Aux termes de l'article L. 2242-8, alinéa 1, 1°, la négociation annuelle obligatoire porte, notamment, sur « les salaires effectifs ». Cette locution n'a été ni définie par le législateur ni clarifiée par un décret ou un règlement. L'administration l'a précisé assez rapidement après sa création²³¹.

258. Précisions de l'administration.- Dans un premier temps, une circulaire du 5 mai 1983²³² énonce que « la notion de salaires effectifs s'entend comme les salaires bruts par catégorie, y compris les primes et avantages en nature le cas échéant, lorsque ces primes et avantages résultent de l'application d'une convention ou d'un accord. La négociation sur les salaires effectifs ne concerne donc pas les décisions individuelles en matière de rémunération ». A la lecture de cette préconisation de l'administration, il conviendra de négocier sur tous les éléments de rémunération dont la source est de nature collective : sont concernés les primes et avantages en nature de sources conventionnelles mais aussi celles et ceux qui résultent, de sources inférieures comme les usages ou les décisions unilatérales de l'employeur. La circulaire précise ensuite qu'il « apparaît conforme à l'esprit des textes que l'incidence globale sur l'évolution de la masse salariale de la part susceptible d'être faite à ces décisions puisse être prise en considération dans les discussions ». Il s'agirait de négocier d'une part l'augmentation générale et d'autre part l'enveloppe qui sera allouée pour les augmentations individuelles. Pour l'administration, les deux montants doivent bien donner lieu à la négociation.

²³¹ Loi n°82-957 du 13 novembre 1982, précitée, note 229.

²³² Circulaire DRT n°8 du 5 mai 1983 relative à l'application des dispositions de la loi n°82-957 du 13 novembre 1982 concernant l'obligation annuelle de négocier dans les entreprises, JO 3 juillet 1983.

259. La circulaire du 25 octobre 1983²³³ vient confirmer cette analyse puisque si la négociation sur les salaires effectifs « n'a pas à porter sur les décisions individuelles, il y a cependant lieu de considérer qu'entre bien dans son objet la définition de la fraction de la masse salariale affectée à ces décisions, la structure et l'évolution des salaires effectifs étant la résultante des mesures collectives (éventuellement différenciées par catégories) et individuelles ». C'est bien l'ensemble de « l'enveloppe », attribuée aux augmentations, qui doit d'abord donner lieu à la négociation entre les partenaires sociaux. Ensuite, sa répartition entre augmentation générale et augmentations individuelles donne lieu à un débat, voire à un accord.

260. Précisions jurisprudentielles.- La Cour de cassation a confirmé les préconisations de l'administration dans un arrêt AXA du 28 novembre 2000²³⁴ à propos de la commercialisation d'un produit emportant la réduction du taux de commissionnement, des salariés qui en assuraient la vente, sur les produits antérieurement vendus. Selon la chambre sociale, celui-ci « avait pour effet de fixer le montant des salaires effectifs d'une catégorie de personnel », cette question relevait de la négociation obligatoire. Ainsi, lorsque le mode de rémunération de certains salariés est affecté, ici par le biais de commissions, la commercialisation du produit auquel elles sont attachées entre dans le champ d'application de l'obligation de négocier. La notion de salaires effectifs recouvre donc aussi les commissions que certains salariés peuvent percevoir. Par extension, entrent sans doute aussi dans ce domaine les parts variables dès lors qu'elles ne sont pas individuelles mais prévues pour des catégories de salariés, les barèmes de remboursement des frais professionnels lorsqu'ils ne sont prévus qu'au niveau de l'entreprise ou les indemnités de déplacement²³⁵. La structure même de la rémunération pourrait, elle aussi, entrer dans ce thème de négociation obligatoire.

261. Une négociation catégorielle ?.- En outre, les circulaires de 1983 semblent inviter à une négociation par catégorie professionnelle, celle du 25 octobre faisant allusion à des mesures collectives différenciées par catégories. Est-il alors possible de ne retenir que certaines d'entre elles, ou la négociation peut-elle avoir lieu catégorie par catégorie ? Par un arrêt de la chambre criminelle, la Cour de cassation a indiqué que « la négociation annuelle obligatoire sur les salaires effectifs doit concerner la situation de l'ensemble des salariés de l'entreprise ». Ainsi, cette négociation peut se tenir catégorie par catégorie mais elles doivent

²³³ Circulaire DRT n°15 du 25 octobre 1983 relative à la nouvelle législation de la négociation collective, JO 10 janvier 1984.

²³⁴ Cass. Soc., 28 novembre 2000, n°98-15.594, Bull. Civ. V, 2000, n°398.

²³⁵ Cass. Soc., 9 mars 2011, n°09-69.647, Bull. Civ. V, 2011.

toutes être abordées. Au regard de la jurisprudence récente en matière d'égalité de traitement²³⁶, dans l'hypothèse où des mesures variant selon les catégories professionnelles seraient prises, l'employeur devra justifier ces différences de traitement par des raisons objectives, réelles et pertinentes.

262. Pour une partie de la doctrine, la négociation catégorielle dans son ensemble serait remise en cause, le principe même de l'existence, dans l'avenir, de la négociation collective étant alors douteux²³⁷. Ainsi, on peut s'interroger sur l'intérêt de mener la négociation catégorie par catégorie compte tenu des risques qu'un tel mode opératoire induit. En effet, prendre en définitive des mesures salariales distinctes selon les catégories professionnelles pourra être considéré comme injustifié par le juge. « La nouvelle politique jurisprudentielle en matière de non-discrimination et d'égalité de traitement »²³⁸ vient mettre un frein à la pratique, courante, selon laquelle des mesures salariales différentes étaient prises pour les cadres et les non-cadres²³⁹.

263. Une jurisprudence à l'impact, pour l'heure, limité.- Dans un grand nombre d'entreprises, les partenaires sociaux continuent de négocier des augmentations « générales » de salaires variables selon l'appartenance à une catégorie professionnelle. En l'état de la jurisprudence, cela se justifie d'autant plus que de nombreuses conventions collectives de branche prévoient des barèmes de rémunération en fonction des catégories professionnelles²⁴⁰. En outre, la majorité des organisations syndicales continue très probablement, au niveau des entreprises, à soumettre des revendications catégorielles. De plus, rien n'interdit de procéder de la sorte si l'on peut justifier ces différences de traitement par des raisons objectives, réelles et pertinentes...

²³⁶ Notamment Communiqué de la Cour de cassation – Cass. Soc., 8 juin 2011, n° 10-14.725, Bull. Civ. V, 2011, et Cass. Soc., 8 juin 2011, n° 10-11.933 et n° 10-13.663, Bull. Civ. V, 2011, mais aussi Cass. Soc., 1^{er} juillet 2009, n°07-42.675, Bull. Civ. V, 2009, n°168.

²³⁷ S. Pereira, Jurisprudence sur les avantages catégoriels : vers la fin de la négociation collective ?, JCP S 2011, 1436.

²³⁸ S. Pereira, La négociation collective d'entreprise après la loi du 20 août 2008, 2010, Mémoire effectué en vue de l'obtention du Master Droit et Pratique des Relations de Travail.

²³⁹ Voir notamment l'accord d'entreprise ENDEL – Négociation annuelle sur les salaires effectifs 2012 qui prévoit des taux d'augmentation salariale différents pour les ouvriers, les employés, techniciens et agents de maîtrise, et les cadres (<http://www.cgt-endel-gdf-suez.com/article-accord-nao-2012-100023911.html>) ; ou l'accord d'entreprises « Carrefour » pour la négociation annuelle obligatoire 2011 (<http://cfdt-carrefour-labege.over-blog.com/article-accord-nao-2011-carrefour-72126639.html>).

²⁴⁰ Par exemple, la Métallurgie où il existe une convention collective pour les ingénieurs et cadres, et des accords territoriaux pour les « mensuels ».

264. Une périodicité de négociation d'ordre public.- Dans certaines entreprises, des accords collectifs ont été conclus en matière de salaires ou dans d'autres domaines²⁴¹, prévoyant un gel des salaires pour une période déterminée pluriannuelle. On pouvait alors se demander si une telle stipulation permettait à l'employeur de refuser d'ouvrir la négociation obligatoire sur les salaires effectifs. Les textes prévoyant, d'une part, une périodicité annuelle dans ce domaine, et la portant à trois ans d'autre part pour certains thèmes, on peut en déduire que, le législateur n'ayant pas prévu d'évolution de la périodicité en cas de signature d'un accord sur le thème des salaires effectifs mais l'ayant prévu pour d'autres, son silence vaut exclusion. La jurisprudence²⁴², peu disserte sur ce point, confirme la nécessité pour cette négociation de se tenir obligatoirement annuellement, même si un accord sur ce sujet existe. Il en est de même pour d'autres thèmes, à l'instar de la durée effective et de l'organisation du temps de travail.

II. La durée effective et l'organisation du temps de travail

265. Aux termes de l'article L. 2242-8, alinéa 1^{er}, 2^o, du Code du travail, la négociation annuelle obligatoire porte également sur « la durée effective et l'organisation du temps de travail, notamment la mise en place du travail à temps partiel ou l'augmentation de la durée du travail à la demande des salariés ». Cet intitulé extrêmement large regroupe plusieurs notions qui doivent être précisées. La notion de durée effective du temps de travail (A) puis sur celle d'organisation du temps de travail (B). Enfin certaines précisions pourront être apportées sur ce thème de négociation (C).

A – La notion de durée effective du temps de travail

266. Une notion strictement définie.- C'est dans la troisième partie du Code du travail²⁴³ que se trouve une définition de la notion de durée effective du temps de travail. Aux termes de l'article L. 3121-1, il s'agit « du temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles ». La négociation porte sur les durées journalières, hebdomadaires, mensuelles voire annuelle, et sur les heures supplémentaires. Cette négociation pourrait

²⁴¹ C'est le cas notamment de nombreux accords de réduction de la durée du travail conclu dans le cadre de la loi n° 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail (dite loi Aubry).

²⁴² TGI Paris, 22 juin 1999, n°98-24.801, RJS 1999, n° 1384.

²⁴³ Durée du travail, salaire, intéressement, participation et épargne salariale.

concerner uniquement les aspects quantitatifs du temps de travail, elle aurait alors une portée restreinte.

267. Extension de la portée de la définition.- En effet, une lecture stricte de ce texte conduirait à exclure de cette négociation de nombreuses périodes en lien avec le travail tels que les temps de trajet²⁴⁴, les temps d'habillage et de déshabillage²⁴⁵, les temps de pause et de restauration²⁴⁶, les temps de douche²⁴⁷, les temps d'astreinte²⁴⁸, etc. Mais, ces différentes périodes doivent être intégrées dans la négociation sur la durée effective du temps de travail. De plus, les parties pourront traiter des modalités de fixation et de contrôle du volume et de la répartition des horaires de travail, et également des jours fériés et éventuels ponts. Les discussions sur ces derniers éléments concerneront aussi, en raison de la connexité des deux notions, l'organisation du temps de travail.

B – La notion d'organisation du temps de travail

268. Une notion largement entendue par la jurisprudence.- Contrairement à la notion de durée effective du temps de travail, celle d'organisation du temps de travail n'est pas définie par le législateur. La chambre sociale de la Cour de cassation considère²⁴⁹ que toutes les formes d'aménagement du temps de travail entrent dans le champ de cette négociation. Elle concerne donc divers dispositifs.

269. L'organisation, particulière, du temps de travail.- En considérant que l'organisation « normale » du temps de travail est le travail de jour, 35 heures par semaine selon un horaire collectif, une négociation peut adapter celle-ci à l'entreprise. Elle peut porter sur des formes particulières d'organisation du temps de travail tels que la mise en place du travail de nuit²⁵⁰, les équipes de suppléances²⁵¹, la définition de la période de références pour l'acquisition des droits à congés payés²⁵² ou encore la possibilité d'organiser le travail de façon continue et d'attribuer le repos hebdomadaire par roulement²⁵³.

²⁴⁴ Article L. 3121-4 du Code du travail.

²⁴⁵ Article L. 3121-3 du Code du travail.

²⁴⁶ Article L. 3121-2 du Code du travail.

²⁴⁷ Arrêté du 23 juillet 1947, article 5.

²⁴⁸ Article L. 3121-5 du Code du travail.

²⁴⁹ Cass. Soc., 7 novembre 1990, n°89-10.483, Bull. Civ. V, 1990, n°525.

²⁵⁰ Article L. 3122-33 du Code du travail.

²⁵¹ Article L. 3132-16 du Code du travail.

²⁵² Article L. 3141-11 du Code du travail.

²⁵³ Article L. 3132-14 du Code du travail

270. La répartition de l'horaire collectif de travail.- La négociation peut, par ailleurs, porter sur les différents modes de répartition de l'horaire collectif de travail comme la répartition de la durée du travail sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année²⁵⁴, le dépassement de la durée maximale quotidienne de travail dans la limite de 12 heures par jour²⁵⁵, la mise en place d'un cadre conventionnel permettant la conclusion de conventions individuelles de forfait sur l'année (un tel accord étant absolument nécessaire lorsqu'il n'existe pas d'accord de branche étendu permettant d'avoir recours à ce type de répartition du temps de travail)²⁵⁶, la fixation du contingent annuel d'heures supplémentaires, les conditions d'accomplissement d'heures supplémentaires au-delà de ce contingent ainsi que les caractéristiques et les conditions de prise de la contrepartie obligatoire en repos due²⁵⁷. Il faut noter que bon nombre de ces dispositifs requièrent un accord collectif pour être mis en place, la négociation collective dans ce domaine est donc fondamentale.

C – Précisions sur la durée effective et l'organisation du temps de travail

271. La mise en place du travail à temps partiel.- La deuxième partie du 2° de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 2242-8 du Code du travail énonce que la négociation porte « notamment » sur la « mise en place du travail à temps partiel ou l'augmentation de la durée du travail à la demande des salariés ». Ici encore, il s'agit d'un dispositif qui peut être mis en place par accord collectif²⁵⁸ ou, à défaut, qui est encadré par des dispositions réglementaires²⁵⁹ : il est donc logique que le législateur ait instauré sur ce point une obligation de négocier car il encourage à la conclusion d'un tel accord au sein de l'entreprise. L'insertion par une loi, en 2008²⁶⁰, de la locution « ou l'augmentation de la durée du travail » aurait pour but de promouvoir la révision des accords antérieurement conclus sur la mise en place du travail à temps partiel, dans le sens d'une augmentation, elle relève en réalité de l'organisation du temps de travail.

²⁵⁴ Article L. 3122-2 du Code du travail.

²⁵⁵ Article D. 3121-19 du Code du travail.

²⁵⁶ Article L. 3121-39 et suivants du Code du travail.

²⁵⁷ Article L. 3131-11 et suivants du Code du travail.

²⁵⁸ Article L. 3123-5 du Code du travail.

²⁵⁹ Article L. 3123-6 du Code du travail.

²⁶⁰ Loi n°2008-1249 du 1^{er} décembre 2008 généralisant le revenu de solidarité active et réformant les politiques d'insertion, JO 3 décembre 2008.

272. Subdivision possible du thème de négociation.- Certaines organisations syndicales avaient pu croire que l'existence d'un seul texte, l'article L. 2242-8 du Code du travail, avait pour effet de rendre indissociables la négociation sur la durée effective du temps de travail et la négociation sur son aménagement. Par un arrêt du 7 novembre 1990, la chambre sociale²⁶¹ a confirmé la position de l'administration²⁶² en considérant que des accords d'entreprise peuvent être négociés et conclus conjointement ou séparément sur ces deux sujets. Pour autant, en pratique, ils sont très étroitement imbriqués et, hors cas particuliers, ils donnent lieu à un seul et même accord.

273. Une périodicité obsolète ?.- Pour une partie de la doctrine, dans nombre d'entreprise, ce thème de négociation ne peut être traité puisque le réel impact des dispositifs mis en place l'année précédente ne peut être mesuré. Aussi, pour certains auteurs, cette obligation annuelle de négocier doit être entendue comme « une simple obligation pour l'employeur d'ouvrir ce thème à la négociation en cas de demande des organisations syndicales »²⁶³. Ce débat théorique est sans réelle portée car l'obligation de négocier n'est pas une obligation de conclure, la négociation se trouvera ouverte sur ce thème, les parties choisiront alors de s'en saisir ou non.

274. Une faculté de négociation.- Aux termes du second alinéa de l'article L. 2242-8 du Code du travail, « cette négociation peut également porter sur la formation ou la réduction du temps de travail ». L'insertion dans ce texte d'une telle faculté de négociation est étrange puisqu'il n'existe pas d'obligation en la matière. Pour l'administration, il s'agit d'une invitation pour les parties à négocier sur le thème de l'emploi²⁶⁴ : il n'a plus lieu d'être depuis qu'une obligation triennale, assez proche, existe depuis 2005. Peu de temps après, dans cette période de grande activité législative en matière d'obligations de négocier, la négociation annuelle obligatoire relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes a été instaurée par le législateur.

²⁶¹ Cass. Soc., 7 novembre 1990, n°89-10.483, Bull. Civ. V, 1990, n°525.

²⁶² Circulaire DRT n°8 du 5 mai 1983 relative à l'application des dispositions de la loi n°82-957 du 13 novembre 1982 concernant l'obligation annuelle de négocier dans les entreprises, JO 3 juillet 1983.

²⁶³ Y. Chalaron, « Négociations et accords collectifs d'entreprises », Litec 1990, n°92 et 93

²⁶⁴ Note technique DE-DRT n°94-10 du 14 février 1994, Bulletin officiel du ministère chargé du travail n° 94/6 p. 29-33.

III. La suppression des écarts de rémunération entre les femmes et les hommes

275. Un thème ancien.- Le législateur s'est penché pour la première fois sur l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes en 1972²⁶⁵, il incombait à l'employeur de l'assurer. Puis, en 1983, la loi « Roudy »²⁶⁶ a instauré, à travers l'ancien article L. 123-4 du Code du travail, une négociation sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. Celle-ci n'était pas obligatoire, et à défaut d'accord, un plan pouvait être mis en place par l'employeur après avoir consulté et avoir recueilli l'avis du comité d'entreprise, ou à défaut, des délégués du personnel. Celui-ci pouvait contenir des « mesures de rattrapage tendant à remédier aux inégalités constatées ». Puis, en 2001, une obligation de négocier sur les objectifs d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et les mesures permettant de les atteindre est instituée²⁶⁷. Enfin, une loi du 23 mars 2006²⁶⁸ introduit l'article L. 2242-7 dans le Code du travail, créant une obligation de négocier sur la suppression des écarts de rémunération.

276. Une obligation autonome de négocier.- Aux termes du premier alinéa de l'article L. 2242-7 du Code du travail, la négociation sur les salaires effectifs a aussi pour objet de « définir et de programmer les mesures permettant de supprimer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes ». Il convient de distinguer cette obligation de négocier de celle qui existe en matière de salaires effectifs : si la rédaction de l'article L. 2242-7 du Code du travail laisse à penser qu'elle s'inscrit dans le cadre de celle-ci²⁶⁹, il existe bien une obligation autonome réalisée sur la base d'informations déterminées et recevant des sanctions particulières en cas de non-respect. Ce domaine de négociation doit être distingué de celui de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes figurant à l'article L. 2242-5 du Code du travail. Il s'agit bien d'obligations autonomes de l'employeur qui doivent être dissociées même si leur proximité peut être troublante.

²⁶⁵ Loi n°72-1143 du 22 décembre 1972 relative à l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes, JO 24 décembre 1972.

²⁶⁶ Loi n°83-635 du 13 juillet 1983 portant modification du Code du travail et du Code pénal en ce qui concerne l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, JO 14 juillet 1983.

²⁶⁷ Loi n°2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, JO 10 mai 2001.

²⁶⁸ Loi n°2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, JO 24 mars 2006.

²⁶⁹ Par l'emploi de la locution « vise également ».

277. La notion de rémunération.- La loi du 22 décembre 1972²⁷⁰ définissait les rémunérations comme « le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier ». Cette définition figure aujourd'hui à l'article L. 3221-3 du Code du travail, dans le livre relatif aux « salaire et avantages divers » et un titre tenant à « l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes ». On pourra également se reporter à la notion de salaires effectifs puisque la négociation sur la suppression des écarts de rémunération entre les femmes et les hommes s'inscrit dans le cadre de la négociation prévue à l'article L. 2242-8. Cela pourra simplifier la tâche de ceux qui auront à établir le diagnostic des éventuels écarts de rémunération, la circulaire d'application²⁷¹ de la loi du 23 mars 2006²⁷² énonce en effet que celui-ci « repose en premier lieu sur le recueil des données sur les salaires afin d'identifier les écarts ». Assez curieusement, l'administration fait aussi l'amalgame entre une approche purement salariale et d'autres approches qui pourraient permettre de réduire les écarts de rémunération²⁷³ : un risque évident de confusion apparaît avec l'obligation de négocier sur les objectifs d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et les mesures permettant de les atteindre qui existent au terme de l'article L. 2242-5 du Code du travail.

278. Une obligation à durée limitée ?.- Dans sa rédaction initiale, l'article L. 2242-7 du Code du travail prévoyait que les mesures prises devaient permettre de « supprimer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes avant le 31 décembre 2010 ». L'objectif légal était de parvenir à l'égalité salariale à cette date. On peut considérer que le législateur a fait preuve d'un certain optimisme, en pensant que celle-ci serait atteinte en quatre ans et demi. La circulaire d'application²⁷⁴ du 19 avril 2007 faisait bien référence aux mesures qui seraient prises « à l'horizon 2010 ». La loi prévoyait que le Conseil supérieur de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes évaluerait l'application de ce texte en 2008, le législateur se réservant alors le droit de durcir les textes. Il en a été ainsi avec la pérennisation²⁷⁵ de l'obligation de négocier sur la suppression des écarts de rémunération entre les femmes et les hommes, en retirant, de l'article L. 2242-7 du Code du travail, la

²⁷⁰ Précitée, note 265.

²⁷¹ Circulaire SDFE/DGT/DGEFP du 19 avril 2007 concernant l'application de la loi n°2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, JO du 17 mai 2007.

²⁷² Précitée, note 268.

²⁷³ « Au-delà de la politique salariale, il importe également d'agir sur les autres éléments qui concourent aux écarts de rémunération entre les femmes et les hommes dans l'entreprise : la politique de recrutement de l'entreprise, la promotion professionnelle, la formation et l'articulation des temps de vie ».

²⁷⁴ Précitée, note 271.

²⁷⁵ Article 99, II, de la loi n°2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites, JO 10 novembre 2010.

référence au 31 décembre 2010. Il existerait, éventuellement, désormais une obligation annuelle de négocier en la matière.

279. Une périodicité annuelle ?.- L'article L. 2242-7 du Code du travail dispose que l'obligation de négocier en matière de suppression des écarts de rémunération entre les femmes et les hommes se tient en même que celle portant sur les salaires effectifs prévue à l'article L. 2242-8 du même code. Or cette dernière doit être ouverte tous les ans, et ce, même dans l'hypothèse où un accord serait conclu en la matière. L'administration a pris une position surprenante dans la circulaire d'application²⁷⁶ de la loi du 23 mars 2006. Selon elle, il existe une obligation annuelle de négocier « sauf si un accord est intervenu pour définir et programmer des mesures de suppression des écarts ». Dès lors, ce thème n'aurait plus à être abordé dès lors qu'un accord existe, comme c'est le cas dans d'autres matières. Cette position va au-delà de ce qu'avait prévu la loi, il faudra tout de même tenir la négociation dans ce domaine tous les ans, tout comme en matière de salaires effectifs, de durée effective et d'organisation du temps de travail. En revanche, pour d'autres thèmes, le législateur a prévu que la conclusion d'un accord a pour effet de modifier la périodicité de l'obligation de négocier.

§2. Les thèmes annuels de négociation à périodicité variable

280. En certaines matières, il est évident que l'obligation de renégocier un accord tous les ans n'aurait qu'un effet limité, il ne serait pas possible de constater l'impact réel des mesures mises en place dans un si court laps de temps. Aussi, dans deux domaines assujettis à l'obligation annuelle de négocier, le législateur a considéré que la conclusion d'un accord avait pour effet de porter la périodicité de la négociation obligatoire sur ces thèmes à trois ans. Il s'agit de l'obligation de négocier sur les objectifs d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans l'entreprise ainsi que les mesures permettant de les atteindre instituée par l'article L. 2242-5 du Code du travail (I) et de l'obligation de négocier sur les mesures relatives à l'insertion professionnelle et au maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés de l'article L. 2242-13 du même code (II).

²⁷⁶ Précitée, note 271.

I. L'obligation de négocier sur les objectifs d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans l'entreprise ainsi que les mesures permettant de les atteindre

281. Aux termes de l'article L. 2242-5 du Code du travail, « l'employeur engage chaque année une négociation sur les objectifs d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans l'entreprise, ainsi que les mesures permettant de les atteindre ». On peut se demander ce que recouvre réellement cette obligation : son contenu est ensuite précisé dans le même texte (A). En outre, ce thème dépasse la simple négociation que tient l'employeur pour remplir ses obligations au regard de l'article L. 2242-5 du même code, son champ d'application étant très étendu (B).

A – La négociation obligatoire sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes en application de l'article L. 2242-5 du Code du travail

282. Un thème autonome de négociation.- En 1972, puis en 1983, le législateur a inséré dans le Code du travail des textes relatifs à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes²⁷⁷. Certains d'entre eux portaient plus particulièrement sur l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes et sur la suppression des éventuels écarts : cet aspect de l'égalité professionnelle ne doit pas être confondu avec l'obligation pesant sur l'employeur qui de l'article L. 2242-5 du Code du travail. De plus, cette obligation de négocier doit être distinguée de l'obligation de couverture, entrant en vigueur au 1^{er} janvier 2012, figurant à l'article L. 2242-5-1 du même Code²⁷⁸.

283. Une obligation au contenu précisé au fil des années.- Par une loi du 9 mai 2001²⁷⁹, le législateur a institué l'obligation de négocier « sur les objectifs d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, ainsi que sur les mesures permettant de les atteindre ». Ce thème extrêmement vaste a été ensuite précisé par la loi du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes²⁸⁰ : la négociation porte « notamment sur les conditions d'accès à l'emploi, à la formation professionnelle et à la promotion professionnelle, les conditions de travail et d'emploi et en particulier celles des salariés à temps partiel, et l'articulation entre la vie professionnelle et les responsabilités

²⁷⁷ Cf. supra.

²⁷⁸ Cf. infra.

²⁷⁹ Loi n°2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, JO 10 mai 2001.

²⁸⁰ Loi n°2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, JO 24 mars 2006.

familiales ». Par ces précisions, un véritable rôle sociétal est donné aux partenaires sociaux pour mener cette négociation. En outre, elle prend réellement son indépendance par rapport aux obligations antérieures de négocier ; puisque les sous-thèmes particuliers qui sont définis ne les recourent que très partiellement, à l'exception de l'attention portée aux salariés à temps partiel.

284. Enfin, la loi du 9 novembre 2010²⁸¹ étend le champ d'application de ce thème qui porte également sur le maintien des cotisations d'assurance vieillesse à hauteur du salaire à temps plein selon les dispositions prévues à l'article L. 241-3-1 du Code de la Sécurité sociale, et des conditions dans lesquelles l'employeur peut prendre en charge tout ou partie du supplément des cotisations. Certains aspects de l'égalité professionnelle doivent donc être privilégiés par les partenaires sociaux mais la négociation peut également être élargie, le cas échéant.

285. Modification de la périodicité de l'obligation en cas de conclusion d'un accord.- Aux termes du second alinéa de l'article L. 2242-5 du Code du travail, « lorsqu'un accord comportant de tels objectifs et mesures est signé dans l'entreprise, la périodicité de la négociation est portée à trois ans ». Ce thème de négociation devient donc triennal en cas de conclusion d'un accord, mais celui-ci doit-il porter uniquement sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ou sur les objectifs et mesures pouvant figurer dans un accord portant sur un sujet plus large ? D'après une lecture stricte des textes, il suffit qu'un accord comportant des objectifs et mesures relatifs à l'égalité professionnelle soit signé dans l'entreprise, et ce, quel que soit son intitulé.

286. De plus, il serait nécessaire que l'accord contienne tant les objectifs que les mesures en faveur de l'égalité professionnelle pour que la négociation devienne triennale. Aussi, dans le cas où les partenaires sociaux n'arriveraient pas à conclure sur les mesures à adopter, on pourrait considérer que l'obligation de couverture²⁸², permettant de porter la périodicité à trois ans, n'étant pas remplie intégralement, la négociation demeurerait annuelle. La même analyse peut être adoptée pour les différents aspects de la négociation sur l'égalité

²⁸¹ Loi n°2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites, JO 10 novembre 2010.

²⁸² L'existence d'un accord dans l'entreprise comportant les objectifs d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et les mesures permettant de les atteindre.

professionnelle²⁸³ listés à l'article L. 2242-5 du Code du travail : elle a moins de force cependant puisque l'obligation de négocier « porte notamment » sur ceux-ci, il ne s'agit pas d'une obligation de conclure. Au contraire, l'obligation de couverture, qui rend la négociation triennale porte, elle, sur les objectifs et mesures en faveur de l'égalité professionnelle. Dans la pratique, ces interrogations ne semblent pas avoir donné lieu à contentieux.

B – Un thème de négociation dépassant la simple obligation de négocier

287. Une prise en compte dans l'ensemble des négociations.- La loi de programmation pour la cohésion sociale du 18 janvier 2005 avait inséré sous l'article L. 132-27, qui contenait l'ensemble des obligations de négocier, un texte en application duquel toutes celles-ci « prennent en compte l'objectif d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ». Repris dans l'article L. 2242-6 du Code du travail, ce thème se trouve donc en trame de fond de toutes les négociations obligatoires menées dans l'entreprise : il pourra, voire devra, avoir une incidence sur celles-ci.

288. Une obligation au champ d'application dépassant celui de la négociation obligatoire.- Aux termes de l'article L. 1142-5 du Code du travail, « il incombe à l'employeur de prendre en compte les objectifs en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans l'entreprise et les mesures permettant de les atteindre », et ce dans toutes les entreprises dépourvues de délégué syndical. Le législateur fait de ce thème une « grande cause » nationale, engageant les employeurs à se saisir du sujet et à élaborer, à leur niveau, des mesures afin de parvenir à l'égalité professionnelle. Il en a été de même, dans une moindre mesure, sur le thème relatif aux travailleurs handicapés.

II. L'obligation de négocier sur les mesures relatives à l'insertion professionnelle et au maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés

289. Une obligation issue du droit communautaire.- La directive européenne du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail²⁸⁴, dispose en son article 5 que les employeurs « prennent les

²⁸³ « Les conditions d'accès à l'emploi, à la formation professionnelle et à la promotion professionnelle, les conditions de travail et d'emploi et en particulier celles des salariés à temps partiel, et l'articulation entre la vie professionnelle et les responsabilités familiales ».

²⁸⁴ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JOCE 2 décembre 2000.

mesures appropriées, en fonction des besoins d'une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer et d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée ». Conformément à l'article 18 de cette même directive, les Etats membres avaient six ans pour la transposer en droit interne.

290. Transposition en droit interne.- La loi du 11 février 2005²⁸⁵ a notamment inséré dans le Code du travail une obligation de négocier sur « les mesures relatives à l'insertion professionnelle et au maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés » qui figure aujourd'hui à l'article L. 2242-13. Est précisé qu'elle « porte notamment sur les conditions d'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle ; les conditions de travail et d'emploi ; les actions de sensibilisation au handicap de l'ensemble du personnel de l'entreprise ». Ici encore, le législateur n'a pas dressé une liste limitative, les partenaires sociaux peuvent dépasser les trois aspects de l'emploi des travailleurs handicapés énoncés.

291. Notion de travailleur handicapé.- Le législateur ne précise pas ce qu'il faut entendre par « travailleur handicapé » aux articles L. 2242-13 et L. 2242-14 du Code du travail. Cependant, une définition de cette notion est donnée aux articles L. 5211-1 et suivants du même code. Aux termes de l'article L. 5213-1, « est considérée comme travailleur handicapé toute personne dont les possibilités d'obtenir ou de conserver un emploi sont effectivement réduites par suite de l'altération d'une ou plusieurs fonctions physique, sensorielle, mentale ou psychique ». Le salarié qui se trouve dans cette situation sera l'objet d'une procédure de reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé engagée à l'occasion de toute demande d'attribution ou de renouvellement de l'allocation aux adultes handicapés²⁸⁶. Cette qualité est reconnue par une commission administrative et donne un certain nombre de droits tant en matière de formation et d'orientation professionnelle que d'emploi.

292. Une négociation triennale en cas de signature d'un accord.- Comme en matière d'égalité professionnelle, la périodicité de la négociation est portée à trois ans lorsqu'un accord collectif comportant des mesures relatives à l'insertion professionnelle et au maintien dans l'emploi des personnes handicapées est conclu. De même, de manière très

²⁸⁵ Loi n°2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, JO 12 février 2005.

²⁸⁶ Guide pratique du droit du travail, Chapitre 11, Ministère du travail, de l'emploi et de la santé, 11^{ème} Edition, 2011.

précise, le législateur énonce certains aspects de l'emploi des travailleurs handicapés sur lesquels doit porter la négociation²⁸⁷. Ici encore, on peut se demander si le fait de conclure un accord sur un seul d'entre eux permet de porter la périodicité d'obligation de négocier à trois ans. Pour certains auteurs, dès lors que l'un d'eux ne figurerait pas dans l'accord conclu, la négociation doit se tenir l'année suivante²⁸⁸. Cette position doit être tempérée, l'obligation de couverture portant ici sur les « mesures » : dès lors qu'un accord en comportant est signé dans l'entreprise, la périodicité de la négociation serait portée à trois ans.

293. Une obligation de négocier à effet limité ?.- Cette négociation obligatoire s'ajoute à l'obligation d'emploi de travailleurs handicapés, dans la proportion de 6% de l'effectif total des salariés, de l'article L. 5212-2 du Code du travail et existant depuis la fin des années 1980²⁸⁹. Celle-ci pèse sur les entreprises occupant 20 salariés et plus. De nombreuses entreprises préfèrent s'acquitter de la pénalité puisqu'elles n'atteignent pas cette proportion minimale²⁹⁰. Il a été décidé de passer par la voie du dialogue social afin d'assister à de véritables progrès au sein des entreprises. La sanction financière n'ayant eu que peu d'effets, on peut douter que la création d'une obligation de négocier ait un impact sérieux, sauf si les partenaires sociaux se prennent au jeu. Pour d'autres thèmes, l'existence d'un accord permettant de dispenser l'employeur d'ouvrir la négociation sur ceux-ci, le succès d'une telle incitation reste cependant variable.

§3. Les obligations annuelles de négocier de nature subsidiaire

294. Certains textes figurant dans la section du Code du travail relative à la négociation annuelle²⁹¹ débutent par une formule atypique : il s'agit d'obligations de négocier sur certains thèmes qui existent en l'absence de couverture des salariés, de nombreux ouvrages les qualifient de négociations subsidiaires. Celles-ci concernent les modalités d'un régime de prévoyance maladie²⁹² (I) et l'intéressement, la participation et l'épargne salariale²⁹³ (II). De plus, une obligation de ce type existe aussi en matière de droit d'expression directe et collective des salariés²⁹⁴ (III).

²⁸⁷ « Les conditions d'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle ; les conditions de travail et d'emploi ; les actions de sensibilisation au handicap de l'ensemble du personnel de l'entreprise ».

²⁸⁸ G. Kesztenbaum et S. Béal, *Négociation collective dans l'entreprise*, 1^{ère} édition, Editions Delmas, 2009.

²⁸⁹ Loi n°87-517 du 10 juillet 1987 en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés, JO 12 juillet 1987.

²⁹⁰ F. Héas, *Etat de santé, handicap et discrimination en droit du travail*, JCP S 2011, 1279.

²⁹¹ Articles L. 2242-5 et suivants du Code du travail.

²⁹² Article L. 2242-11 du Code du travail.

²⁹³ Article L. 2242-12 du Code du travail.

²⁹⁴ Article L. 2281-6 à L. 2281-11 du Code du travail.

I. L'obligation de négocier sur un régime de prévoyance maladie

295. Aux termes du premier alinéa de l'article L. 2242-11 du Code du travail, « lorsque les salariés ne sont pas couverts par un accord de branche ou un accord d'entreprise définissant les modalités d'un régime de prévoyance maladie, l'employeur engage chaque année une négociation sur ce thème ». Cette disposition, issue de l'article 21 de la loi du 27 juillet 1999 portant création de la couverture maladie universelle²⁹⁵, ne définit pas ce qu'il faut entendre par la notion de régime de prévoyance maladie (A). Par ailleurs, l'obligation de couverture (B), qui, lorsqu'elle est remplie dispense d'ouvrir la négociation sur ce thème, présente de nombreuses singularités liées à la matière même dont elle traite (C).

A – La notion de régime de prévoyance maladie

296. Une notion indéfinie.- Le Code de la Sécurité sociale, en son article L. 911-2, énumère les risques susceptibles de faire l'objet d'une couverture par un régime de prévoyance : incapacité de travail, atteinte à l'intégrité physique de la personne, maternité, invalidité, inaptitude et chômage. Dans ce texte, qui trouve sa place dans un titre relatif à la protection sociale complémentaire des salariés, il n'est donc pas fait mention du risque maladie et, par là même, d'un régime de prévoyance maladie. Ici, encore, le législateur utilise une notion qui n'est pas définie.

297. Le mélange de notions préexistantes.- Une véritable confusion est effectuée par l'emploi de la locution « prévoyance maladie ». En effet, en droit de la protection sociale, la notion de prévoyance recouvre habituellement la garantie des risques incapacité, invalidité et décès : le risque maladie n'est normalement pas associé. De plus, au sens de la loi du 27 juillet 1999²⁹⁶ qui a inséré l'obligation de négocier en la matière, la prévoyance maladie doit être entendue comme un régime « frais de santé », c'est-à-dire les garanties donnant lieu à l'attribution au salarié de prestations en nature comme le remboursement total ou partiel de frais médicaux, pharmaceutiques...

²⁹⁵ Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle, JO 28 juillet 1999.

²⁹⁶ Précitée, note 295.

298. Une définition doctrinale logique.- Une partie de la doctrine²⁹⁷ retient cette dernière interprétation : la notion de prévoyance maladie, compte tenu de son origine, renvoie bien aux garanties « frais de santé » ou « frais médicaux ». Il s'agit de négocier un régime complémentaire pour les salariés leur permettant d'obtenir un complément aux prestations en nature déjà versées par la Sécurité sociale. Il ne pourra pas, *a priori*, y avoir de lien entre le montant de la rémunération et le remboursement : tout salarié recevra la même somme pour un même acte médical. Dans la majorité des cas, seront couverts les frais engagés pour une opération chirurgicale ou pour une consultation médicale, mais aussi les frais optiques ou dentaires.

B – La nature de l'obligation de couverture au sens de l'article L. 2242-11 du Code du travail

299. Caractère alternatif des modalités de mise en place.- Aux termes de l'article L. 911-1 du Code de la Sécurité sociale, une couverture sociale complémentaire peut être mise en place au niveau de l'entreprise selon trois modalités : par voie de convention ou d'accord, à la suite de la ratification par les salariés d'un projet d'accord proposé par le chef d'entreprise ou par une décision unilatérale de ce dernier. La mise en place d'un régime de garanties collectives ne peut se faire que sous l'une de ces trois formes. Sauf disposition contraire d'un accord de branche, l'employeur est libre de choisir l'une ou l'autre de ces modalités.

300. Convention ou accord collectif.- Conformément à l'article L. 911-3 du Code de la Sécurité sociale, l'obligation de couverture peut être remplie, dans le cas le plus simple, par un accord collectif « de droit commun » signé entre l'employeur et les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise selon les conditions prévues aux articles L. 2232-12 et suivants du Code du travail. Son objet peut être la mise en place d'un régime de prévoyance complémentaire, mais il doit nécessairement traiter des frais de santé pour permettre à l'employeur de s'exonérer de son obligation de négocier.

301. Ratification à la majorité des intéressés d'un projet d'accord proposé par le chef d'entreprise.- Cette modalité de mise en place d'un régime de prévoyance

²⁹⁷ B. Platel et B. Serizay, L'obligation de négocier dans le domaine de la protection sociale – Réflexions à propos de l'obligation de négocier des garanties de frais médicaux instaurée par la loi (CMU) du 27 juillet 1999, JCP E 2001, p.70.

complémentaire, parfois appelée « référendum », est prévue par l'article L. 911-5 du Code de la Sécurité sociale. Un décret du Conseil d'Etat devait préciser « les conditions dans lesquelles le projet d'accord est ratifié et adopté et les conditions dans lesquelles l'accord est ensuite modifié, mis en cause [...] ainsi que la durée du préavis qui doit précéder la dénonciation ». A ce jour, il n'a pas été publié alors que la disposition légale est issue d'une loi de 1994²⁹⁸... De nombreuses incertitudes existent, l'un des enjeux majeurs étant de permettre ou non le précompte par l'employeur de la participation des salariés au financement de ce régime. Depuis un arrêt Penven contre SA Jourdain²⁹⁹, du 5 janvier 1984, la Cour de cassation assimile l'accord référendaire à un accord collectif. Ainsi, l'employeur qui instaurerait par cette voie une garantie collective couvrant les frais de santé devra être considéré comme ayant rempli son obligation de couverture. Cela aurait pour effet de le dispenser d'ouvrir la négociation sur ce thème.

302. Décision unilatérale du chef d'entreprise.- L'engagement unilatéral, en soi, ne sera pas suffisant puisque l'article L. 911-1 du Code de la Sécurité sociale précise que la décision unilatérale doit être constatée dans un écrit remis à chaque intéressé. Il semblerait qu'un régime de prévoyance maladie mis en place selon cette modalité ne permettrait pas à l'employeur d'être considéré comme ayant rempli son obligation de couverture au sens de l'article L. 2242-11 du Code du travail : il doit ouvrir la négociation sur ce thème tous les ans jusqu'à ce que le régime soit encadré par un accord collectif ou un accord référendaire. Le texte fait bien référence à un accord de branche ou un accord d'entreprise, or la décision unilatérale n'a la nature ni de l'un ni de l'autre. On peut cependant se demander si un accord de branche étendu imposant une obligation de couverture³⁰⁰ pourrait permettre d'exonérer un employeur, ayant mis en place le régime de prévoyance maladie par voie de décision unilatérale, de son obligation de négocier. La prudence recommanderait alors d'ouvrir la négociation pour parvenir à la conclusion d'un accord collectif ou à la ratification par les intéressés d'un projet d'accord.

303. L'application volontaire d'un accord.- Enfin, l'application volontaire par un employeur d'un accord de branche qui ne serait pas étendu, alors qu'il n'est pas adhérent à l'organisation patronale partie à cet accord, pourrait-elle lui permettre d'être dispensé d'ouvrir

²⁹⁸ Loi n°94-678 du 8 août 1994 relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n°92-49 et n°92-96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du Conseil des communautés européennes, JO 10 août 1994.

²⁹⁹ Cass. Soc., 5 janvier 1984. Seul arrêt sur le sujet, mais rendu antérieurement à la loi de 1994.

³⁰⁰ C'est le cas notamment de l'accord du 26 février 2003 sur la Santé et la sécurité au travail dans la métallurgie.

la négociation ? La chambre sociale de la Cour de cassation a considéré³⁰¹ que l'application volontaire d'un accord ne présente pas la nature conventionnelle exigée : l'employeur devra donc ouvrir la négociation puisqu'il ne sera pas réputé comme ayant rempli son obligation de couverture. Sa décision unilatérale d'appliquer un accord de niveau supérieur ne suffira pas pour l'exonérer de l'obligation de négocier. Ainsi, sauf à avoir un accord de branche qui mette en place un régime obligatoire de prévoyance maladie pour toutes les entreprises relevant de son activité, seul un accord collectif d'entreprise ou un projet d'accord ratifié par les salariés intéressés pourrait dispenser l'employeur d'ouvrir la négociation.

C – Les particularités de ce thème de négociation liées à la matière traitée

304. Le caractère facultatif ou obligatoire du régime mis en place.- L'adhésion des salariés au régime de prévoyance maladie peut être facultative ou obligatoire. Seuls les accords d'entreprise et les accords référendaires semblent pouvoir exonérer l'employeur de son obligation de négocier. Or, les salariés ne peuvent pas renoncer aux droits issus d'une convention ou d'un accord collectif : le régime mis en place est nécessairement obligatoire sauf si une clause d'option est prévue pour le salarié. Dans le cas d'un régime facultatif, l'employeur sera vraisemblablement assujéti à l'obligation d'ouvrir annuellement la négociation sur ce thème. Certains éléments peuvent conduire à conseiller la conclusion d'un régime obligatoire, notamment car il s'agit d'un critère nécessaire au bénéfice des exonérations fiscales et sociales de la participation de l'employeur au régime.

305. Le caractère collectif du régime mis en place.- La pratique démontre que, dans de nombreuses entreprises, le régime de prévoyance peut ne concerner que certaines catégories de salariés. Deux écueils apparaissent alors. Tout d'abord, à la lumière de la jurisprudence récente de la chambre sociale de la Cour de cassation en matière d'avantages catégoriels³⁰², et du décret du 9 janvier 2012³⁰³, il semble risqué de conserver ces différences de traitement en fonction des catégories professionnelles. Ensuite, une lecture stricte de l'article L. 2242-11 du Code du travail permettrait d'affirmer que l'existence d'un régime de prévoyance maladie dans l'entreprise, même dans l'hypothèse où seule une catégorie des

³⁰¹ Cass. Soc., 4 décembre 1991, « l'adhésion d'une entreprise à un syndicat signataire d'une convention collective ne soumet cette entreprise à celle-ci que si son activité entre dans le champ d'application professionnel de la convention collective ».

³⁰² Notamment Communiqué C. Cass. – Cass. Soc., 8 juin 2011, n° 10-14.725, Bull. Civ. V, 2011, et Cass. Soc., 8 juin 2011, n° 10-11.933 et n° 10-13.663, Bull. Civ. V, 2011, mais aussi Cass. Soc., 1er juillet 2009, n°07-42.675, Bull. Civ. V, 2009, n°168.

³⁰³ Décret n°2012-25 du 9 janvier 2012, JO 11 janvier 2012.

salariés serait couverte, exonérerait l'employeur de son obligation de négocier. Cependant, l'origine même de ce texte va à l'encontre d'une telle couverture, lacunaire. L'esprit de la loi du 27 juillet 1999³⁰⁴ étant de garantir une prise en charge des frais de santé pour tous, il apparaît raisonnable de penser que l'employeur resterait assujéti à l'obligation d'ouvrir la négociation tant qu'une partie des salariés de l'entreprise ne serait pas couverte pas un régime de prévoyance maladie.

306. Une périodicité en réalité dictée par le réexamen du choix de l'organisme assureur.- Aux termes de l'article L. 912-2 du Code de la Sécurité sociale, l'accord d'entreprise ou l'accord référendaire doit comporter « une clause déterminant dans quelles conditions et selon quelle périodicité le choix de ces organismes [...] peut être réexaminé. La périodicité ne peut excéder cinq ans ». Ainsi, si l'employeur est exonéré de négocier sur ce thème dès lors qu'un accord d'entreprise ou un accord référendaire existe, en réalité la négociation devient, au plus, quinquennale. Il s'agira d'apprécier avec les organisations syndicales le choix de l'organisme assureur auquel il a été fait recours pour gérer le régime de prévoyance maladie. De la même manière, en matière d'épargne salariale, thème qui donne aussi lieu à une négociation obligatoire, l'employeur peut faire appel à un tiers dans le cadre de certains dispositifs.

II. L'obligation de négocier en matière d'intéressement, participation et épargne salariale

307. Aux termes de l'article L. 2242-12 du Code du travail, « lorsque les salariés ne sont pas couverts par un accord d'intéressement, un accord de participation, un plan d'épargne d'entreprise, un plan d'épargne pour la mise à la retraite collectif ou par un accord de branche comportant un ou plusieurs de ces dispositifs », une obligation de négocier annuellement pèse sur l'employeur. Ce texte a été inséré par la loi du 19 février 2001³⁰⁵ sur l'épargne salariale : il est l'illustration de la volonté du législateur de faire de l'épargne salariale (entendue dans son sens le plus large) un thème privilégié de négociation dans les entreprises. De rares conventions collectives de branche prévoient de tels dispositifs³⁰⁶. Dans la majorité des cas, ce thème entre dans la négociation obligatoire au niveau de l'entreprise. Celle-ci pourra

³⁰⁴ Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle, JO 28 juillet 1999.

³⁰⁵ Loi n°2001-152 du 19 février 2001 sur l'épargne salariale, JO 20 février 2001.

³⁰⁶ C'est le cas notamment de l'annexe VI telle qu'issue d'un avenant du 4 novembre 2009 de la Convention collective nationale du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire du 12 juillet 2001, étendue par arrêté du 26 juillet 2002, JO 6 août 2002.

s'achever par un accord mettant en place l'un des dispositifs énoncés à l'article L. 2242-12 du Code du travail (A). Dans certains cas, des obligations de négocier apparaîtront alors postérieurement (B).

A – Les dispositifs d'intéressement, participation et épargne salariale

308. De manière inappropriée, les dispositifs énoncés à l'article L. 2242-12 du Code du travail sont regroupés sous le vocable « d'épargne salariale ». Cette notion ne regroupe pas la réalité puisqu'il faut bien distinguer la participation (1) et l'intéressement (2) des plans d'épargne d'entreprise et plans d'épargne collectif pour la retraite (3). Les deux premiers pouvant alimenter les seconds qui constituent à proprement parler des dispositifs d'épargne salariale.

1° La participation aux résultats de l'entreprise

309. Champ d'application de l'obligation de mettre en place la participation des salariés aux résultats de l'entreprise.- Aux termes de l'article L. 3322-1 du Code du travail, « la participation a pour objet de garantir collectivement aux salariés de participer aux résultats de l'entreprise ». Contrairement à d'autres dispositifs, aux termes de l'article L. 3322-2 du même code, sa mise en place est obligatoire dans les entreprises employant habituellement au moins cinquante salariés. On peut noter qu'il s'agit du même seuil d'effectif qu'en matière de mise en place d'un comité d'entreprise et donc pas ricochet, de désignation d'un délégué syndical, critère fonctionnel de la tenue de la négociation obligatoire. Le champ d'application de la mise en place de la participation des salariés aux résultats de l'entreprise est donc très proche, s'il n'est le même, que celui des obligations de négocier. En outre, en application de l'article L. 3344-3 du Code du travail, dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux, l'employeur doit proposer tous les trois ans un examen des conditions dans lesquelles pourraient être mis en œuvre l'un ou l'autre des dispositifs d'épargne salariale.

310. Modalités de mise en place.- Les accords de participation, tels qu'ils sont entendus dans l'article L. 2242-12 du Code du travail, peuvent être conclus selon quatre modalités énoncées à l'article L. 3322-6 du même code : un accord collectif de droit commun, un accord entre l'employeur et les représentants d'organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, un accord conclu au sein du comité d'entreprise, ou enfin une ratification à

la majorité des deux tiers du personnel d'un projet d'accord proposé par l'employeur. Contrairement à ce qui existe en matière de prévoyance ou de régime de garanties frais de santé, en matière d'intéressement il n'est pas possible de mettre en place le dispositif par décision unilatérale. En outre, en l'absence d'accord, un régime subsidiaire prévu à l'article L. 3323-5 du Code du travail s'applique. La réserve spéciale de participation devra alors nécessairement être calculée conformément aux articles L. 3324-1 et suivants du même code. Elle portera sur toute l'entreprise, tous les salariés de l'entreprise en bénéficieront à due proportion de leur rémunération annuelle. D'autres modalités de répartition peuvent être prévues en application des articles L. 3324-5 et suivants, mais elles s'appliqueront à tous les établissements de l'entreprise.

311. Impact du choix d'une modalité de mise en place sur l'obligation de négocier.- L'article L. 2242-12 du Code du travail mentionne « l'accord de participation » sans autres précisions. Or l'article L. 3322-6 du même code dispose que « les accords de participation sont conclus... ». Ainsi, une lecture stricte et combinée de ces textes conduit à dire que la modalité de mise en place de la participation aux résultats de l'entreprise importe peu : l'obligation de couverture est remplie. En outre, comme l'a confirmé l'administration³⁰⁷, il ressort de la lettre même de l'article L. 2242-12 du Code du travail que l'existence d'un seul dispositif d'épargne salariale permet à l'employeur de s'exonérer de son obligation de négocier.

2° L'intéressement

312. Objet de l'intéressement.- Contrairement à la participation aux résultats de l'entreprise, la mise en place de l'intéressement est facultative. Il a pour objet « d'associer collectivement les salariés aux résultats ou aux performances de l'entreprise »³⁰⁸ : il s'agit bien d'associer les salariés et non de leur garantir une participation. Aussi, l'accord d'intéressement peut prévoir une formule de calcul différente en fonction des établissements et des unités de travail³⁰⁹. Celle-ci devra présenter un caractère collectif et aléatoire. Il s'agit d'un dispositif qui a pour but de fidéliser les salariés et qui peut aussi être utilisé comme outil de gestion et de motivation par les directions de ressources humaines.

³⁰⁷ Circulaire DRT du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, page 3, JO 1^{er} novembre 2005.

³⁰⁸ Article L. 3312-1 du Code du travail.

³⁰⁹ Article L. 3314-1 du Code du travail.

313. Modalités de mise en place et impact sur l'obligation de négocier.-

L'intéressement peut être mis en place selon les mêmes modalités que la participation des salariés aux résultats de l'entreprise³¹⁰. Quelle que soit celle qui est retenue, un accord d'intéressement existe, ce qui emporter les mêmes conséquences au regard de l'obligation de négocier. En revanche, en matière d'intéressement, l'accord est conclu pour une durée déterminée de trois ans³¹¹, une clause de tacite reconduction pouvant être prévue. Pour autant, si l'une des parties demande la renégociation de l'accord, l'administration considère qu'il cessera de produire effet au terme prévu, même si la révision ne donne pas lieu à la signature d'un avenant³¹² : dès lors, l'employeur ne sera plus exonéré de son obligation de négocier sur ce thème s'il n'existe pas un autre dispositif d'épargne salariale dans l'entreprise.

3° Les plans d'épargne salariale

314. Il existe de multiples plans d'épargne salariale, deux d'entre elles sont visées à l'article L. 2242-12 du Code du travail : le plan d'épargne d'entreprise et le plan d'épargne pour la retraite collectif. Ils sont étroitement liés à l'intéressement et à la participation puisque les sommes issues de ces deux dispositifs peuvent venir alimenter le ou les plans d'épargne salariale mis en place dans l'entreprise, dans des conditions fiscalement et socialement avantageuses, à la fois pour l'employeur et pour les salariés.

315. Plan d'épargne d'entreprise.- Aux termes de l'article L. 3332-1 du Code du travail, le plan d'épargne d'entreprise « est un système d'épargne collectif ouvrant aux salariés de l'entreprise la faculté de participer, avec l'aide de celle-ci, à la constitution d'un portefeuille de valeurs mobilières ». De façon curieuse, l'article L. 3332-4 du même code pose comme des conditions influant sur le choix des modalités de mise en place du plan d'épargne d'entreprise : il faut que celle-ci compte au moins un délégué syndical ou soit dotée d'un comité d'entreprise. En pareil cas, il pourra être mis en place selon les modalités prévues à l'article L. 3322-6 du Code du travail qui porte sur les accords de participation³¹³.

316. Dans l'hypothèse où il n'y aurait pas de délégué syndical ni de comité d'entreprise, ou dans celle où les négociations échoueraient, l'employeur pourrait mettre en

³¹⁰ Cf. supra

³¹¹ Article L. 3312-5 du Code du travail.

³¹² Circulaire DGT du 19 mai 2009 relative à la loi sur les revenus du travail.

³¹³ Soit, pour rappel, un accord collectif de droit commun, un accord entre l'employeur et les représentants d'organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, un accord conclu au sein du comité d'entreprise, ou enfin une ratification à la majorité des deux tiers du personnel d'un projet d'accord proposé par l'employeur.

place le plan d'épargne par décision unilatérale. Au regard de l'obligation de couverture, un tel acte n'aurait pas pour effet d'exonérer l'employeur de son obligation de négocier dès lors qu'il n'existe pas d'autre dispositif d'épargne salariale dans l'entreprise : l'article L. 2242-12 du Code du travail fait référence à un accord, la décision unilatérale ne pouvant y être assimilée. Il faut noter que l'administration considère que le plan d'épargne d'entreprise mis en place par ratification du personnel l'est en application d'une décision unilatérale³¹⁴ : lorsqu'il existe un délégué syndical ou un comité d'entreprise, l'employeur commet un délit s'il privilégie la décision unilatérale à la négociation, et la mise en place de ce dispositif par ce biais ne l'exonérera pas de l'obligation de négocier annuellement.

317. Plan d'épargne pour la retraite collectif.- Une grande partie de la réglementation concernant le plan d'épargne pour la retraite collectif est calquée sur celle du plan d'épargne d'entreprise³¹⁵, on peut donc considérer que le premier est une catégorie du second. La différence majeure réside dans l'objet même des dispositifs et, par ce biais, sur la date de déblocage des sommes inscrites aux comptes des salariés : le plan d'épargne pour la retraite collectif est destiné à permettre au salarié de constituer un complément de revenus en vue de la retraite. Il est assez étonnant de trouver ce dispositif d'épargne salariale à l'article L. 2242-12 du Code du travail puisque d'autres seront créés de façon prioritaire dès lors qu'ils sont obligatoires, comme c'est le cas de la participation aux résultats de l'entreprise. Enfin, ce dispositif est particulier en ce que sa mise en place aura un certain nombre d'effets sur les obligations de négocier.

B – L'impact de la mise en place des différents dispositifs sur les obligations de négocier

318. Effet exonératoire de l'existence d'un des dispositifs.- La mise en place de l'un des dispositifs d'épargne salariale dans l'entreprise, lorsqu'elle n'a pas été faite par décision unilatérale, a pour effet d'exonérer l'employeur de son obligation de négocier en application de l'article L. 2242-12 : son obligation de couverture est réputée remplie. En revanche, la mise en place d'un plan d'épargne d'entreprise ou celle d'un plan d'épargne pour la retraite collectif emporte un certain nombre de conséquences en matière d'obligations de négocier.

³¹⁴ Circulaire DGT du 19 mai 2009, précitée.

³¹⁵ L'article L. 3334-1 allant jusqu'à prévoir que les dispositions relatives au plan d'épargne d'entreprise sont applicables sous réserve des dispositions particulières.

319. Obligation de négociateur consécutive à la mise en place d'un plan d'épargne d'entreprise.- Aux termes de l'article L. 3334-3 du Code du travail, lorsque l'employeur a mis en place un plan d'épargne d'entreprise depuis plus de trois ans, il convient d'ouvrir une négociation en vue de mettre en place un plan d'épargne pour la retraite collectif, un plan d'épargne retraite d'entreprise ou encore un régime de retraite supplémentaire obligatoire à cotisations définies. Si la violation de cette obligation de négociateur ne semble pas pouvoir être sanctionnée, il est intéressant d'observer le lien qu'établit le législateur entre le plan d'épargne d'entreprise et les dispositifs qui peuvent exister dans celle-ci afin de permettre aux salariés de préparer leur retraite.

320. Effet de la mise en place d'un plan d'épargne pour la retraite collectif.- Le second alinéa de l'article L. 2242-12 du Code du travail prévoit, « s'il y a lieu », une négociation annuelle « sur l'affectation d'une partie des sommes collectées dans le cadre du plan d'épargne pour la retraite collectif [...] et à l'acquisition de parts des fonds solidaires ». En toute logique, la locution « s'il y a lieu » doit être entendue comme l'existence dans l'entreprise d'un plan d'épargne pour la retraite collectif : en pareil cas, l'employeur devra discuter annuellement de la structure des fonds proposés aux salariés avec les organisations syndicales. On peut se demander si cette obligation de négociateur tous les ans se justifie réellement. Toujours est-il que l'employeur qui se refuserait à l'ouvrir risquerait d'être sanctionné. Un thème particulier, souvent écarté par les employeurs et les organisations syndicales et souvent oublié car il ne réside pas dans le chapitre relatif à la négociation obligatoire en entreprise du Code du travail, pourrait lui aussi donner lieu relativement régulièrement à des sanctions : la négociation sur le droit d'expression des salariés.

III. L'obligation de négociateur sur le droit d'expression directe et collective des salariés

321. La négociation obligatoire sur le droit d'expression directe et collective des salariés doit être distinguée des autres négociations obligatoires. En premier lieu parce qu'elle trouve ses fondements dans un titre autonome du livre du Code du travail portant sur la négociation collective, ce qui implique un certain nombre de particularités (A) ; et en second lieu, en raison de l'objet particulier sur lequel elle porte (B).

A – Champ d'application et nature de l'obligation de négocier

322. Evolution du champ d'application.- La première loi Auroux³¹⁶, du 4 août 1982, en ses articles 7 à 9 a inséré dans le Code du travail une obligation de négocier dans les entreprises de plus de 200 salariés sur le droit d'expression des salariés³¹⁷. La négociation devait s'engager dans les six mois suivant la promulgation de la loi, l'employeur refusant d'engager la négociation étant sanctionné au titre de la violation d'une obligation classique de négocier³¹⁸. Puis, une loi du 3 janvier 1986³¹⁹ a précisé le champ d'application de cette négociation obligatoire : elle doit se tenir dans les entreprises où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives ayant désigné un délégué syndical. Cette définition a été reprise dans l'article L. 2281-5 du Code du travail : le critère textuel et le critère fonctionnel d'assujettissement à l'obligation de négocier³²⁰ sont donc énoncés dans un même texte.

323. Nature des obligations en matière de droit d'expression directe et collective des salariés.- L'employeur est exonéré de son obligation d'ouvrir annuellement la négociation sur ce thème dès lors qu'il existe un accord : en l'absence de celui-ci, « il engage au moins une fois par an une négociation en vue de la conclusion d'un tel accord »³²¹. Une obligation de négocier semblable à celles qui existent aux articles L. 2242-1 et suivants du Code du travail a donc été instituée. Comme en matière de prévoyance et d'épargne salariale, sur ce thème, la conclusion d'un accord dispense l'employeur d'ouvrir la négociation. Cependant, aux termes de l'article L. 2281-7 du Code du travail, « l'employeur provoque une réunion, au moins une fois tous les trois ans, avec les organisations syndicales représentatives en vue d'examiner les résultats de cet accord ». Le texte précisant par la suite qu'une renégociation de l'accord pourra alors avoir lieu, il est possible d'en déduire que cette réunion n'a pas pour objet la révision de l'accord existant. Ainsi, la conclusion d'un accord a simplement pour effet de créer une obligation de tenir des réunions triennales de suivi : il n'y a pas d'obligation triennale de négociation.

³¹⁶ Loi n°82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés d'expression des salariés dans l'entreprise (1^{ère} loi Auroux), JO 6 août 1982.

³¹⁷ Articles L. 461-1 à L. 461-3 du Code du travail, devenus L. 2281-1 et suivants après la recodification survenue en 2008.

³¹⁸ Sur le fondement de l'article L. 471-2 du Code du travail, devenu L. 2143-1.

³¹⁹ Loi n°86-1 du 3 janvier 1986 relative au droit d'expression des salariés et portant modification du Code du travail, JO 4 janvier 1986.

³²⁰ Cf. Sous-section 1 – Critères généraux d'assujettissement.

³²¹ Article L. 2281-6 du Code du travail.

B – Objet de la négociation

324. Les réunions d’expression des salariés.- Aux termes du second alinéa de l’article L. 2281-11 du Code du travail, l’accord sur le droit d’expression, et donc la négociation en vue de sa conclusion, porte sur « le niveau, le mode d’organisation, la fréquence et la durée des réunions permettant l’expression des salariés ». Une circulaire du ministère du travail³²² a défini plus précisément les points que doit aborder l’accord quant aux réunions d’expression et notamment, les conditions de convocation, la fixation de l’ordre du jour, l’animation, le secrétariat des séances et le lieu. Ces réunions annuelles d’expression des salariés étaient régulièrement organisées dans les entreprises dans les années 1980, il n’en va plus de même aujourd’hui.

325. Le droit d’expression dans l’entreprise.- La négociation doit porter sur « les mesures destinées à assurer d’une part, la liberté d’expression de chacun des salariés et, d’autre part, la transmission à l’employeur des demandes et propositions des salariés, et, le cas échéant, de leur avis »³²³. A la lecture de cet aspect de la négociation, on comprend aisément le peu d’appétence des organisations syndicales pour ce thème : sur ce point, il revient à établir des voies parallèles à la remontée d’informations³²⁴, de réclamations³²⁵ et de revendications³²⁶ des salariés. Enfin, l’accord doit contenir « les mesures destinées à permettre aux salariés intéressés, aux organisations syndicales représentatives, au comité d’entreprise, aux délégués du personnel, au comité d’hygiène, de sécurité et des conditions de travail de prendre connaissance des demandes, avis et propositions émanant des groupes ainsi que des suites qui leur sont réservées ; et les conditions spécifiques d’exercice du droit d’expression dont bénéficie le personnel d’encadrement ayant des responsabilités hiérarchiques, outre leur participation dans les groupes auxquels ils sont rattachés du fait de ces responsabilités »³²⁷. Par certains aspects, ce thème semble propice à la discussion de la mise en place d’un dispositif d’alerte professionnelle comme ont pu le faire certaines entreprises³²⁸.

³²² Circulaire du 18 novembre 1982 relative à l’application des articles 7 à 10 de la loi du 4 août 1982 concernant le droit d’expression des salariés, BOMT 82/52.

³²³ Article L. 2281-11 du Code du travail, alinéa 3.

³²⁴ Prérogative du comité d’entreprise.

³²⁵ Prérogative des délégués du personnel.

³²⁶ D’une certaine façon, c’est une prérogative des délégués syndicaux.

³²⁷ Article L. 2281-11 du Code du travail, alinéas 4 et 5.

³²⁸ C. André-Hesse et M. d’Allende, Chartes éthiques, codes de conduite et dispositifs d’alerte professionnelle : aspects pratiques, JCP S 2010, 1213.

326. Un thème tombé en désuétude ?.- En somme, l'accord ne porte pas réellement sur le droit d'expression des salariés mais sur les modalités d'exercice de celui-ci. Si l'administration considère³²⁹ qu'il diffère « à la fois de l'expression auprès de la hiérarchie et de l'expression qui passe par le canal des institutions représentatives et des organisations syndicales » et que l'expression directe et collective ne s'y substitue pas, tel n'est pas l'avis dans bon nombre d'entreprise des institutions représentatives du personnel et des organisations syndicales représentatives. L'administration constate ainsi un certain désintérêt pour ce thème dans une mesure telle qu'il n'en est plus fait mention dans les derniers rapports sur la négociation collective³³⁰. Au contraire, certains thèmes qui font l'objet d'une négociation triennale, notamment en matière d'emploi, donnent lieu à de nombreux accords.

Sous-section 2 – Les obligations triennales de négocier

327. La négociation triennale obligatoire trouve son origine dans la loi Fillon³³¹ de 2003, portant sur la réforme des retraites. Avait été insérée par l'article 11 de cette loi, à l'article L. 132-27 du Code du travail³³², une obligation de négocier tous les trois ans sur l'accès et le maintien dans l'emploi des salariés âgés et de leur accès à la formation professionnelle. D'autres thèmes de négociation ont ensuite été ajoutés en 2005 puis en 2008. Avant de définir l'objet de chacun d'eux (§2), il faut déterminer si la rédaction des textes aboutit à ne créer en réalité qu'une seule obligation de négocier sur plusieurs thèmes (§1).

§1. La possibilité d'une dissociation des thèmes de négociation triennale

328. Le champ d'application de la négociation triennale³³³ est défini aux articles L. 2242-15 et suivants du Code du travail : il est le même pour l'ensemble des thèmes qu'elle recouvre. Avant la recodification survenue en 2008³³⁴, si l'un d'entre eux³³⁵ figurait à l'article L. 132-27 du même code relatif aux obligations de négocier, un autre, traitant notamment de la gestion des emplois et des compétences, figurait dans un titre portant sur l'emploi. Depuis, les négociations triennales ont été regroupées dans une section du Code du travail. Deux

³²⁹ Circulaire n°3 du 4 mars 1986 d'application de la loi du 3 janvier 1986 relative à l'expression des salariés.

³³⁰ Voir notamment : Ministère du travail, de l'emploi et de la santé, La négociation collective en 2010, 2011.

³³¹ Loi n°2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites, dite « loi Fillon », JO 22 août 2003.

³³² L'alinéa relatif à cette obligation de négocier est devenu, après la recodification, l'article L. 2242-19.

³³³ Voir supra.

³³⁴ L'ordonnance n°2007-329 du 12 mars 2007, ratifiée par la loi n°2008-67 du 21 janvier 2008 et les décrets n°2008-243 (décret en conseil des ministres) et n°2008-224 (décret en Conseil d'Etat) du 7 mars 2008, ont procédé à la recodification du code du travail.

³³⁵ La négociation sur les conditions de retour et de maintien dans l'emploi des salariés âgés et de leur accès à la formation professionnelle.

thèmes figurent à l'article L. 2242-15³³⁶ et deux autres aux articles L. 2242-19³³⁷ et L. 2242-20³³⁸. Ces deux derniers précisent que la négociation tenue dans le cadre de l'article L. 2242-15 porte également sur les thèmes qu'ils recouvrent. Ainsi, il apparaît dans un premier temps, que les quatre thèmes doivent donner lieu à une seule et même négociation (I) et dans un second temps, que les deux thèmes figurant à l'article L. 2242-15 du Code du travail peuvent être dissociés (II).

I. Une seule obligation triennale de négocier recouvrant quatre thèmes ?

329. Intérêt d'une éventuelle dissociation.- L'enjeu de cette question est important : il s'agit de savoir s'il est possible d'étaler dans le temps les négociations sur ces thèmes qui peuvent être chronophages et donner lieu à de nombreux débats. Ainsi, ouvrir la négociation la première année sur les thèmes que comporte l'article L. 2242-15 du Code du travail, puis la deuxième année sur le fondement de l'article L. 2242-19 et enfin la troisième année sur celle qui est imposée par l'article L. 2242-20 du même code, pourrait permettre d'arriver, en restreignant de cette manière le champ de la négociation, à des accords plus aboutis. En outre, l'accord collectif éventuellement signé étant le fruit d'un consensus, la limitation des thèmes abordés peut permettre de ne pas faire de compromis en certains domaines qui auraient fait l'objet d'un marchandage dans le cadre d'une négociation globale. Au contraire, négocier une fois sur l'ensemble des thèmes peut permettre d'arriver à un accord plus équilibré et plus complet. Enfin, n'avoir qu'une seule négociation triennale peut en pratique s'avérer plus intéressant pour l'employeur.

330. En faveur d'une négociation unique.- La lettre même des textes, et notamment des articles L. 2242-19 et L. 2242-20 du Code du travail, précise que les négociations menées sur ces fondements s'inscrivent dans le cadre de la négociation visée à l'article L. 2242-15 du même code. Faut-il en déduire que les quatre thèmes doivent être traités au cours d'une seule et même négociation ? Pour certains auteurs³³⁹, le décalage³⁴⁰

³³⁶ Les deux thèmes prévus à cet article sont : « les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise sur la stratégie de l'entreprise et ses effets prévisibles sur l'emploi et sur les salaires » et « la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences et les mesures d'accompagnement susceptibles de lui être associées ».

³³⁷ Négociation sur les conditions de retour et de maintien dans l'emploi des salariés âgés et de leur accès à la formation professionnelle.

³³⁸ Négociation sur le déroulement de carrière des salariés exerçant des responsabilités syndicales et l'exercice de leurs fonctions.

³³⁹ P. Le Cohu, Négocier la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, Les cahiers du DRH, n° 107, février 2005.

dans le temps qui pourrait exister entre la négociation sur l'emploi des salariés âgés et celle qui porterait sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences « serait contraire à la lettre et à l'esprit du texte » : il faudrait alors avancer la tenue de la négociation sur l'un des thèmes pour qu'ils soient traités concomitamment, comme le veut « la logique de la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences ».

331. De plus, l'administration considère dans la circulaire d'application³⁴¹ de la loi du 19 janvier 2005, dans un développement sur le contenu des accords conclus sur les thèmes figurant à l'article L. 2242-15 du Code du travail, que « cette négociation doit être articulée avec celle sur les conditions d'accès et de maintien dans l'emploi des salariés âgés et de leur accès à la formation professionnelle ». Pour autant, articuler ne signifie pas lier, il n'est donc pas certain que ces thèmes ne puissent être traités indépendamment les uns des autres.

332. En faveur de négociations autonomes.- Le fait que la négociation prévue à l'article L. 2242-15 du Code du travail porte également sur les conditions de retour et de maintien dans l'emploi des salariés âgés et de leur accès à la formation professionnelle, pouvant laisser croire que ces négociations sont indissociables, est issu de la recodification. Or, par principe, celle-ci s'est faite à droit constant. En conséquence, l'obligation de négocier prévue à l'article L. 2242-19 du Code du travail, qui existait auparavant sur le fondement de l'article L. 132-27, est donc bien autonome de celle qui figure à l'article L. 2242-15 du même code. La question est plus complexe pour la négociation sur le déroulement de carrière des salariés exerçant des responsabilités syndicales et l'exercice de leurs fonctions : celle-ci, qui existe sur le fondement de l'article L. 2242-20 du Code du travail, a été créée par la loi du 20 août 2008³⁴².

333. La circulaire du 30 décembre 2005³⁴³, qui porte notamment sur la conclusion, possible, d'accords de groupes qui auraient pour effet d'exonérer les entreprises de leur obligation de négocier, contredit la position de l'administration. En effet, il n'est pas possible de considérer que la négociation de groupe peut ne traiter que de certains thèmes alors que la négociation d'entreprise ne peut pas le faire : la conclusion d'un accord de groupe sur des

³⁴⁰ Ce qui est tout à fait possible en ce que l'obligation de négocier sur l'emploi des salariés âgés date de la loi du 21 août 2003 alors que la création de l'article L. 320-2 du Code du travail, devenu L. 2242-15, date de la loi du 18 janvier 2005.

³⁴¹ Circulaire DGEFP-DRT n°2005/47 du 30 décembre 2005 relative à l'anticipation et à l'accompagnement des restructurations.

³⁴² Loi n°2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et du temps de travail, JO 21 août 2008.

³⁴³ Précitée, note 341.

domaines limités a nécessairement pour conséquence d'obliger l'entreprise appartenant à celui-ci d'ouvrir la négociation sur les thèmes non-traités dans l'accord de groupe afin de remplir son obligation. La conclusion d'un accord de groupe pourrait alors avoir pour effet de rendre dissociables les thèmes de négociation triennale. Il semble plus logique de considérer que, dès l'origine, les obligations résidant aux articles L. 2242-15, L. 2242-19 et L. 2242-20 du Code du travail sont indépendantes et peuvent donner lieu à des négociations dissociées.

II. Une dissociation éventuelle des thèmes relevant de l'article L. 2242-15 du Code du travail

334. En faveur d'une négociation unique.- La circulaire du 30 décembre 2005 relative à l'anticipation et à l'accompagnement des restructurations³⁴⁴ précise que la négociation tenue dans le cadre de l'article L. 320-2 du Code du travail³⁴⁵ « porte sur deux sujets », la référence à « cette négociation » signifierait que ces thèmes doivent nécessairement être abordés concomitamment. Pour Messieurs Béal et Kesztenbaum³⁴⁶, « l'administration considère sans ambiguïté que les thèmes visés [...] doivent nécessairement être traités de concert » : il n'est pas possible, pour eux, de dissocier les deux thèmes de négociation. La position défendue par Monsieur Le Cohu³⁴⁷, selon laquelle il n'est pas possible de dissocier les différents thèmes de négociation triennale, peut ici aussi donner lieu à un débat et ce d'autant plus qu'en l'espèce, le fondement réside en un seul et même texte.

335. La possibilité de dissocier les thèmes de négociation.- Cependant, l'administration considère³⁴⁸ pour les deux thèmes de la négociation annuelle regroupés dans le seul article L. 2242-8 du Code du travail qu'ils peuvent « être abordés conjointement ou séparément ». *A fortiori*, dans l'article L. 2242-15, les thèmes de négociation font l'objet d'alinéas distincts : on pourrait donc mener deux négociations séparées sur ce même fondement, même s'il s'agit de thèmes étroitement liés. En outre, l'échec de la négociation de groupe sur l'un d'eux obligera l'entreprise à négocier sur celui-ci, et uniquement sur celui-ci : il semble contraire à l'esprit du texte de le contraindre alors à ouvrir la négociation sur tous les thèmes de la négociation triennale puisqu'un seul d'entre

³⁴⁴ Précitée, note 341.

³⁴⁵ Devenu L. 2242-15 après la recodification.

³⁴⁶ G. Kesztenbaum et S. Béal, *Négociation collective dans l'entreprise*, 1^{ère} édition, Editions Delmas, 2009.

³⁴⁷ P. Le Cohu, *Négocier la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences*, Les cahiers du DRH, n° 107, février 2005.

³⁴⁸ Circulaire DRT n°8 du 5 mai 1983 relative à l'application des dispositions de la loi n°82-957 du 13 novembre 1982 concernant l'obligation annuelle de négocier dans les entreprises, JO 3 juillet 1983.

eux n'est pas inclus dans l'accord de groupe qui l'exonère par ailleurs. En réalité, l'employeur choisira, en opportunité, de traiter un ou plusieurs thèmes, tout en respectant le délai maximal de trois ans entre ces négociations dont il convient d'approfondir le contenu.

§2. Les thèmes de négociation triennale

336. A ce jour, trois articles du Code du travail³⁴⁹, se trouvant dans la section relative aux négociations triennales obligatoires au sein des entreprises, déterminent l'objet de celles-ci. Compte tenu de la possibilité de les tenir séparément, il est nécessaire de bien définir de ce qui relève de chaque thème et ce d'autant plus lorsqu'ils recouvrent des notions proches. Tout employeur entrant dans le champ d'application de la négociation triennale devra donc l'engager sur les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise sur la stratégie de l'entreprise ainsi que ses effets prévisibles sur l'emploi et sur les salaires (I), sur la mise en place d'un dispositif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, sur laquelle le comité d'entreprise est informé, ainsi que sur les mesures d'accompagnement susceptibles de lui être associées, en particulier en matière de formation, de validation des acquis de l'expérience, de bilan de compétences ainsi que d'accompagnement de la mobilité professionnelle et géographique des salariés (II). De plus, les conditions de retour et de maintien dans l'emploi des salariés âgés et de leur accès à la formation professionnelle (III) et sur le déroulement de carrière des salariés exerçant des responsabilités syndicales et l'exercice de leurs fonctions (IV) devront également faire l'objet d'une négociation triennale.

I. La négociation sur le fondement de l'alinéa 2 de l'article L. 2242-15 du Code du travail

337. Origine du thème de négociation.- La loi du 18 janvier 2005³⁵⁰, avait créé dans le Code du travail, un chapitre préliminaire intitulé « gestion de l'emploi et des compétences - Prévention des conséquences des mutations économiques » au titre portant sur l'emploi dans la partie « Placement et emploi ». Dans ce chapitre figurait l'article L. 320-2 qui regroupait deux thèmes de négociation triennale obligatoire qui font aujourd'hui l'objet de deux alinéas distincts de l'article L. 2242-15 du Code du travail. Aux termes du premier d'entre eux, l'employeur engage tous les trois ans une négociation portant sur « les modalités

³⁴⁹ Les articles L. 2242-15, L. 2242-19 et L. 2242-20.

³⁵⁰ Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale, JO 19 janvier 2005.

d'information et de consultation du comité d'entreprise sur la stratégie de l'entreprise ainsi que ses effets prévisibles sur l'emploi et sur les salaires ».

338. La notion de stratégie de l'entreprise.- Le projet de loi initial prévoyait l'ouverture d'une négociation « portant sur la stratégie de l'entreprise et ses effets prévisibles sur l'emploi ». Cette formulation générale a provoqué de nombreux débats, essentiellement dans les milieux patronaux, puisque la définition de la stratégie de l'entreprise relève de l'employeur et ne peut donner lieu à une négociation entre les partenaires sociaux. La difficulté n'a cependant pas été tranchée dans le texte adopté : le contenu de la négociation variera en fonction de la définition de la notion de stratégie de l'entreprise retenue.

339. Pour parvenir à la définir, il s'agit d'abord de déterminer ce qu'elle n'est pas. Ce ne sont pas les documents comptables prévus à l'article L. 2323-8 du Code du travail qui se composent tant des rapports que des éléments prévisionnels, ni la documentation sur les perspectives économiques de l'entreprise que l'employeur remet au comité d'entreprise un mois après son élection³⁵¹, ni la politique de recherche et de développement technologique de l'entreprise pour l'année à venir qui donne lieu à une consultation du comité d'entreprise³⁵², ni une information générale sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs comme le prévoit l'article L. 2323-6 du Code du travail. L'ensemble des informations remises dans le cadre des prérogatives habituelles du comité d'entreprise ne pourrait, logiquement, permettre de considérer, par la reprise dans un accord des simples dispositions légales, que l'employeur a rempli son obligation de négocier sur « les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise sur la stratégie de l'entreprise ainsi que ses effets prévisibles sur l'emploi et sur les salaires ».

340. Stratégie globale et stratégie particulière.- Curieusement, l'ancien article L. 132-27 du Code du travail faisait référence à la stratégie globale de l'entreprise. Celle-ci n'est pas définie juridiquement. Il s'agit en réalité d'une notion issue des sciences de gestion. C'est « l'ensemble des décisions qui détermine et révèle les objectifs, la mission et les buts, qui produit les principales politiques et plans pour atteindre ces objectifs et définit le domaine d'activité que l'entreprise poursuit, le type d'organisation économique et humaine qu'elle a l'intention d'être et la nature des contributions économiques et non économiques qu'elle a

³⁵¹ Article L. 2323-7, 2°, du Code du travail.

³⁵² Article L. 2323-12 du Code du travail.

l'intention de faire à ses actionnaires, employés et clients et à la communauté »³⁵³. Il faut donc la distinguer de la notion de stratégie particulière qui recouvre, elle, les décisions sur une activité économique définie comme le choix des éventuels changements de son périmètre, les choix relatifs aux produits et aux marchés vis-à-vis des concurrents et les choix de stratégie industrielle³⁵⁴. Le concept de stratégie globale étend donc le champ de compétence du comité d'entreprise, en ce qu'une information-consultation sur celle-ci porterait sur tout ce qui peut être envisagé pour l'avenir de l'entreprise : si les obligations légales sont relatives à des informations-consultations pour la plupart annuelles, il conviendra ici d'avoir une vision sur le long terme. Les réticences des employeurs sont compréhensibles : divulguer de tels éléments, qui ne sont pas des secrets de fabrications protégés par le secret professionnel au sens de l'article L. 2323-5 du Code du travail, pourrait avoir des effets néfastes pour l'entreprise.

341. Une négociation en vue de créer une obligation d'information-consultation du comité d'entreprise à la charge de l'employeur.- Finalement, cette obligation de négocier porte sur la définition des thèmes sur lesquels l'employeur consulte le comité d'entreprise, les documents remis et soumis pour avis, la création éventuelle de commissions particulières, les moyens supplémentaires qui pourraient être attribués au comité d'entreprise et le calendrier des réunions. Seront alors déterminés la fréquence des informations-consultations et leur contenu. De plus, aux termes de l'article L. 2242-15, il conviendra d'inclure dans cette négociation, en lien avec ce qui est fait pour la stratégie globale, le thème de l'évolution prévisible des salaires. Compte tenu de l'importance de son contenu, cette consultation serait la « reine des informations-consultations » du comité d'entreprise. Cependant, elle ne peut être mise en place que par voie conventionnelle. Les organisations syndicales y sont peu favorables en raison de la crainte de devenir coresponsables de la gestion de l'entreprise³⁵⁵. Dans un contexte de forte évolution de la stratégie de l'entreprise, afin de garantir un bon dialogue social, il pourra être de l'intérêt de l'employeur de négocier sur ce sujet. Un accord, que l'on peut rapprocher d'un accord de méthode, permettra, en accord avec les organisations syndicales, de définir la fréquence et la nature des informations transmises au comité d'entreprise. Certains auteurs ont pu se demander si une telle obligation de négocier n'avait pas uniquement pour objet de consacrer le lien unissant la gestion

³⁵³ K.R. Andrews, *The concept of corporate strategy* Homewood III, Dunod, 2005.

³⁵⁴ H. Rouilleault, *La GPEC : au-delà du rapport* Rouilleault, RDT 2007.

³⁵⁵ JCL Travail traité, Fascicule 31-3 : Licenciement pour motif économique, accompagnement social, n°20.

prévisionnelle de l'emploi et des compétences et la stratégie de l'entreprise³⁵⁶. Si elles font l'objet de négociations autonomes, celle qui porte sur l'information-consultation du comité d'entreprise doit être un outil de la démarche d'anticipation qui préside à la gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences.

II. La négociation sur le fondement de l'alinéa 3 de l'article L. 2242-15 du Code du travail

342. Aux termes du 2° de l'article L. 2242-15 du Code du travail, l'employeur engage tous les trois ans une négociation portant sur « la mise en place d'un dispositif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (A), sur laquelle le comité d'entreprise est informé, ainsi que sur les mesures d'accompagnement susceptibles de lui être associées, en particulier en matière de formation, de validation des acquis de l'expérience, de bilan de compétences ainsi que d'accompagnement de la mobilité professionnelle et géographique des salariés (B) ».

A – Un dispositif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences

343. Historique.- L'accord national interprofessionnel du 10 février 1969 relatif à la sécurité de l'emploi reconnaissait la nécessité d'un effort de prévision. Puis, la loi du 28 octobre 1982³⁵⁷ a créé une information-consultation du comité d'entreprise « sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise et, notamment, sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs [...]»³⁵⁸. Cette obligation a été étendue à d'autres domaines telles que la formation par une loi du 2 août 1989³⁵⁹. Enfin, des aides d'Etat étaient attribuées lorsqu'un tel dispositif existait, il a également pu devenir indispensable dans certains cas préalablement à un licenciement économique³⁶⁰. Consacrée par la loi du 18 janvier 2005³⁶¹, la négociation sur un dispositif de gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences dans l'entreprise constitue le thème majeur de la négociation triennale, car elle a des conséquences dans différents domaines du

³⁵⁶ E. Lafuma, De la stratégie comme objet d'information et de la consultation du comité d'entreprise, SSL n°1380 supplément, 2008.

³⁵⁷ Loi n°82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel (2^{ème} loi Auroux), JO 29 octobre 1982.

³⁵⁸ Actuel article L. 2323-6 du Code du travail.

³⁵⁹ Loi n°89-459 du 2 août 1989 modifiant le Code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion, JO 8 août 1989.

³⁶⁰ Loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, JO 18 janvier 2002.

³⁶¹ Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale, JO 19 janvier 2005.

droit du travail, mais aussi d'autres sciences humaines telle que la gestion des ressources humaines.

344. Objet du dispositif.- Il s'agit d'adopter des mesures afin d'anticiper les mutations économiques et de prévenir les risques de variations entre les besoins en personnel d'une entreprise et ses propres ressources humaines. En fonction de la structure des effectifs de l'entreprise, deux analyses semblent pouvoir être distinguées³⁶². En premier lieu, une analyse quantitative : il faut alors retenir des indicateurs afin d'anticiper les évolutions de l'emploi qui, dans les années à venir, marqueront la vie de l'entreprise, imposant des recrutements en raison de nombreux départs à la retraite, de l'essor ou de la création de certaines activités, ou des compressions d'effectifs dues à l'externalisation d'autres activités ou à l'obsolescence de certaines techniques de production. Il sera donc nécessaire de déterminer l'effectif nécessaire pour chaque activité, celui qui serait envisagé en fonction de son évolution, l'impact d'un éventuel changement de l'organisation du travail sur les emplois...

345. En second lieu, une analyse qualitative pourra être retenue. Elle se traduit par des mesures afin d'accroître et de diversifier les compétences des salariés pour faire face à l'évolution des techniques mises en œuvre dans l'entreprise. Dans le cadre de celle-ci, un effort pourra être fait sur la promotion des carrières en créant des filières professionnelles, en identifiant les salariés à haut potentiel afin de leur permettre d'étendre leur champ de compétence, et en mettant en place des procédures pour passer d'un poste à l'autre. Ces deux analyses de la situation de l'entreprise pourront et devront être envisagées dans le cadre de toute négociation sur la gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences : l'avenir des entreprises et de leurs salariés pourra en dépendre. Cependant les mesures liées à ce dispositif qui seront mises en place revêtent une importance majeure.

B – Des mesures d'accompagnement du dispositif

346. Une négociation induite par la mise en place du dispositif.- La négociation doit également porter sur les différents moyens mis en place tel que semble le suggérer le terme « dispositif ». Il faudra donc négocier les mesures utilisées dans le cadre de la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences. Ce thème comprend alors deux négociations, l'une sur des indicateurs et l'autre sur les mesures que certaines valeurs de ces derniers induiront.

³⁶² B. Teyssié, « Droit du travail : Relations collectives », 7^e édition, Editions Litec, 2011.

347. Des pistes de réflexion données par le législateur.- L'article L. 2242-15, 2°, du Code du travail évoque des domaines dans lesquels des mesures d'accompagnement peuvent être associés au dispositif : « en matière de formation, de validation des acquis de l'expérience, de bilan de compétences ainsi que d'accompagnement de la mobilité professionnelle et géographique de salariés ». Cette liste n'est pas limitative, les partenaires sociaux peuvent choisir de se pencher sur d'autres thèmes comme le recrutement, l'organisation du travail et l'aménagement de sa durée... Il faut cependant veiller à définir le contenu de chacun d'eux, identifier les bénéficiaires éventuels, déterminer les conditions de leur mise en œuvre (initiative des démarches, procédures, délais, etc.) et de leur prise en charge financière. Pourraient trouver leur place dans cette négociation la mise en place d'aides à la création d'entreprise, d'aides à la mobilité externe ou encore la création d'organisme de formation interne³⁶³. En fonction des indicateurs initialement choisis, les mesures d'accompagnement peuvent varier : « au jeu du contrat, un vaste champ est laissé »³⁶⁴. Au contraire, en matière d'emploi des salariés âgés, celui-ci semble plus limité.

III. La négociation sur le fondement de l'article L. 2242-19 du Code du travail

348. Un (autre) thème autonome de négociation.- Comme en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, l'obligation de négocier, qui repose sur l'article L. 2242-15 du Code du travail, sur les conditions de retour et de maintien dans l'emploi des salariés âgés et de leur accès à la formation professionnelle, doit être bien distinguée de l'obligation de couverture, qui trouve son origine dans l'article L. 138-25 du Code de la Sécurité sociale. Ici encore, le nombre d'entreprises assujetties tenant une négociation sur ce thème étant insuffisant pour le législateur, une loi postérieure à celle qui avait institué l'obligation de négocier³⁶⁵ a créé une obligation de couverture³⁶⁶. Mais il convient au préalable d'identifier ce qu'il faut entendre par salariés âgés (A) avant de déterminer l'objet de la négociation (B).

³⁶³ Comme ont pu le faire certains grands groupes français comme Total ou Bouygues Constructions qui disposent d'une entité « University ».

³⁶⁴ B. Teyssié, « Droit du travail : Relations collectives », 7^e édition, Editions Litec, 2011.

³⁶⁵ Loi n°2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites, dite « loi Fillon », JO 22 août 2003.

³⁶⁶ Loi n°2008-1330 du 17 décembre 2008 de financement de la Sécurité sociale pour 2009, JO 18 décembre 2008.

A – La notion de salarié âgé

349. Une notion incertaine.- Cette notion n'est pas définie par le législateur. La loi du 21 août 2003³⁶⁷, qui a créé cette obligation de négocier, avait retenu comme indicateur le taux d'activité des personnes de plus de cinquante ans. Au sens de ce texte, est donc considéré comme âgé tout salarié de plus de cinquante ans. Les partenaires sociaux, quelques mois plus tard, dans un accord national interprofessionnel du 5 décembre 2003 sur l'accès des salariés à la formation tout au long de la vie professionnelle³⁶⁸, ont prévu à l'article 1-1 qu'au plus tard à compter de son quarante-cinquième anniversaire, tout salarié bénéficie d'un bilan de compétences et d'une priorité d'accès à une validation des acquis de l'expérience. Il faut préciser que ces actions doivent donner lieu, le cas échéant, à des formations afin d'assurer le maintien dans l'emploi.

350. De même, l'accord national interprofessionnel du 13 octobre 2005, modifié par avenant du 9 mai 2006, relatif à l'emploi des seniors en vue de promouvoir leur maintien et leur retour à l'emploi³⁶⁹, reprend le seuil dégagé de quarante-cinq ans pour définir le début de la « seconde partie de carrière »³⁷⁰ à partir duquel les entreprises doivent anticiper les conditions de maintien et d'évolution dans l'emploi des salariés, et prend celui de cinquante-cinq ans pour la fin de carrière³⁷¹. Puis, l'article R. 138-25 du Code de la Sécurité sociale³⁷² prévoit deux seuils : l'objectif de maintien dans l'emploi qui concerne les salariés de cinquante-cinq ans et plus et l'objectif de recrutement relatifs à ceux de cinquante ans et plus. En outre, la loi du 17 décembre 2008³⁷³, en créant l'article L. 1221-18 du Code du travail, impose à toutes les entreprises d'informer l'URSSAF de tous les départs résultant d'une préretraite ou d'un placement en cessation anticipée d'activité, d'une mise à la retraite, d'un licenciement ou d'une rupture conventionnelle homologuée de salariés âgés d'au moins cinquante-cinq ans.

³⁶⁷ Article 5, II, de la loi précitée.

³⁶⁸ Accord national interprofessionnel du 5 décembre 2003 relatif à l'accès des salariés à la formation tout au long de la vie professionnelle, arrêté d'extension du 17 décembre 2004, JO 24 décembre 2004.

³⁶⁹ Accord national interprofessionnel du 13 octobre 2005 relatif à l'emploi des seniors en vue de promouvoir leur maintien et leur retour à l'emploi, modifié par avenant du 9 mars 2006, arrêté d'extension du 12 juillet 2006, JO 22 juillet 2006.

³⁷⁰ Titre II de l'accord national interprofessionnel du 13 octobre 2005.

³⁷¹ Article 19 de l'accord national interprofessionnel du 13 octobre 2005.

³⁷² Décret n°2009-560 du 20 mai 2009 relatif au contenu et à la validation des accords et des plans d'action en faveur de l'emploi des salariés âgés, JO 21 mai 2009.

³⁷³ Précitée, note 366.

351. Une incertitude polémique accentuée par le droit européen.- A l'examen de ces différents textes, il est bien difficile de définir le seuil à compter duquel un salarié est considéré comme âgé. La notion de senior donnant par ailleurs lieu à de nombreux débats, « terre d'élection pour tous les euphémismes et toutes les contradictions, la question de l'emploi des seniors est aussi le lieu de toutes les hypocrisies »³⁷⁴. Lorsqu'on se tourne vers le droit européen, la notion devient encore plus floue puisque la stratégie de Lisbonne³⁷⁵ s'intéresse au taux d'activité des salariés âgés de cinquante-cinq à soixante-quatre ans. En outre, les parties pourront décider d'abaisser ces âges dans leur accord.

B – Objet de la négociation sur l'emploi des salariés âgés

352. Aux termes de l'article L. 2242-19, l'objet de la négociation porte sur les conditions de retour et de maintien dans l'emploi, et l'accès à la formation professionnelle des salariés âgés. A titre d'exemple, l'employeur peut s'engager à développer le recrutement de seniors, contractualiser des principes et des objectifs de non-discrimination avec les organismes de placement (Pôle emploi, entreprises de travail temporaire, cabinets de recrutement, etc.)³⁷⁶. Dans de nombreuses entreprises, la négociation est susceptible d'aboutir à la rédaction de chartes qui ne sont, la plupart du temps, opposables ni à l'employeur, ni aux salariés. Pour autant, dans certains domaines, il sera possible, en évitant certains écueils, d'adopter des mesures efficaces en faveur de l'emploi des seniors.

353. Le retour dans l'emploi.- Ce thème de négociation est sensible car le risque de se rendre coupable de discriminations en raison de l'âge est très important, et ce même si l'article L. 1133-2 du Code du travail autorise des différences de traitement « lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un but légitime [...] et lorsque les moyens de réaliser ce but sont nécessaires et appropriées ». Les employeurs, sur ce point, se limitent donc à de simples déclarations d'intentions, comme « l'âge du candidat n'est pas un obstacle à l'embauche ou au mouvement interne »³⁷⁷, ou à faire référence à l'accord de branche. La négociation sur ce thème portera donc sur les possibilités de recrutement ou de mutations des salariés âgés dans l'entreprise.

³⁷⁴ P-Y. Verkindt, La négociation d'entreprise sur les seniors, Droit social, septembre-octobre 2009.

³⁷⁵ Objectifs stratégiques intégrés à la stratégie coordonnée (articles 145 à 150 du Traité de fonctionnement de l'Union Européenne) pour l'emploi 2000-2010 adoptés lors du Conseil européen de Lisbonne de mars 2000.

³⁷⁶ P-Y. Verkindt, précité, note 374.

³⁷⁷ Accord de groupe Michelin du 17 mars 2009 portant sur la Gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences, Article 6.1.1.

354. Le maintien dans l'emploi.- En la matière, il s'agit le plus souvent de mettre en place des outils de gestion des fins de carrière dans l'entreprise. Elle se traduit par exemple par la création de dispositifs de sortie progressive d'activité (avec l'utilisation notamment du compte épargne temps), d'aménagements de la mobilité³⁷⁸ ... Une attention particulière est également portée aux conditions de travail de ces salariés, d'autant plus lorsqu'ils exercent une activité pouvant être qualifiée de pénible. On trouvera alors des mesures d'adaptation des postes de travail, d'amélioration des conditions de travail et d'aménagement du temps de travail. Dans ces cas là, des dispositifs de mobilité interne (à l'entreprise ou au groupe) peuvent trouver tout leur sens, dans le cadre de l'obligation d'adaptation de l'employeur. Ce dernier peut également y « gagner » en faisant diminuer, par des opérations de mobilité réussies, le nombre de salariés susceptibles d'être déclarés inaptes.

355. L'accès à la formation professionnelle.- Il s'agit du thème le plus souvent abordé par les partenaires sociaux. Il combine les obligations découlant des accords nationaux interprofessionnels sur le sujet³⁷⁹ en s'appuyant sur l'entretien de seconde partie de carrière prévue depuis 2005 et le bilan de compétences. Il apparaît dans les entreprises que les salariés de plus de cinquante ans ne sont que 20% à suivre des formations alors que 37% des salariés âgés de quarante-neuf ans et moins en bénéficient. Des actions de formations spécifiques aux besoins des seniors doivent donc être développées dans l'objectif de maintenir la capacité de travail des salariés.

356. L'absence, discutée, d'extension de l'obligation de négocier par la loi du 17 décembre 2008.- L'article R. 138-26 du Code de la Sécurité sociale précise, dans le cadre de l'obligation de couverture en matière d'emploi des salariés âgés, les domaines sur lesquels, en partie, doit porter la négociation : « le recrutement des salariés âgés dans l'entreprise ; l'anticipation de l'évolution des carrières professionnelles ; l'amélioration des conditions de travail et la prévention des situations de pénibilité ; le développement des compétences et des qualifications et l'accès à la formation ; l'aménagement des fins de carrière et de la transition entre activité et retraite ; la transmission des savoirs et des compétences et le développement du tutorat ». Même si la plupart de ces éléments pouvaient être identifiés dans le contenu antérieur de l'obligation de négocier, elle est bien autonome de l'obligation de couverture. Or ces thèmes sont relatifs à cette dernière. En revanche, rien n'empêche les partenaires sociaux

³⁷⁸ Un salarié en fin de carrière peut vouloir stabiliser son domicile.

³⁷⁹ Accord national interprofessionnel du 5 décembre 2003 relatif à l'accès des salariés à la formation tout au long de la vie professionnelle et accord national interprofessionnel du 13 octobre 2005 relatif à l'emploi des seniors en vue de promouvoir leur maintien et leur retour à l'emploi.

de s'appuyer sur ceux-ci pour mener la négociation prévue par l'article L. 2242-19 du Code du travail. L'obligation de couverture figurant à l'article L. 138-25 du Code de la Sécurité sociale, et les domaines d'action énoncés à l'article R. 138-26 du même Code, a uniquement pour objet d'inciter les entreprises à prendre des mesures en la matière. Au regard de l'obligation de négocier, il importe peu que les domaines d'actions prévus par le Code de la Sécurité sociale soient abordés dès lors que les thèmes figurant à l'article L. 2242-19 du Code du travail le sont. Dans un souci de logique et de simplification, il conviendra cependant d'articuler ces deux obligations.

357. De façon plus ou moins inattendue, la loi du 20 août 2008³⁸⁰ a créé une obligation dans une matière sans grands liens avec les autres obligations triennales de négociation.

IV. La négociation sur le fondement de l'article L. 2242-20 du Code du travail

358. Création de la négociation triennale sur le déroulement de carrière des salariés exerçant des responsabilités syndicales et l'exercice de leurs fonctions.- La loi du 20 août 2008³⁸¹, reprenant l'une des propositions de la position commune du 9 avril 2008³⁸², a créé une obligation de négocier, sur le déroulement de carrière des salariés exerçant des responsabilités syndicales et l'exercice de leurs fonctions, introduite à l'article L. 2242-20 du Code du travail. Au cours de cette négociation, il s'agit notamment de vérifier et de constater avec les organisations syndicales qu'il n'existe pas de discriminations syndicales au sein de l'entreprise. D'après la position commune, l'exercice de responsabilités syndicales doit être prise en compte de telle sorte que l'évolution professionnelle des salariés concernés n'en soit pas affectée : l'employeur doit leur garantir un déroulement de carrière normal, ce qui est déjà le cas. A défaut, une discrimination syndicale pourrait être établie. De plus, une telle négociation s'inscrit dans le cadre d'une amélioration du dialogue social dans les entreprises : les auteurs de la position commune considèrent que « la reconnaissance des acteurs syndicaux dans leur identité et leurs responsabilités propres » en constitue une condition d'existence.

³⁸⁰ Loi n°2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et du temps de travail, JO 21 août 2008.

³⁸¹ Précitée, note 380.

³⁸² Article 13 de la position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme.

359. Objet de la négociation.- L'article L. 2242-20 du Code du travail étant peu explicite, il faut se reporter à l'article 13 de la position commune du 9 avril 2008 pour déterminer ce que recouvre cette obligation de négocier. Il s'agira notamment de rechercher des mesures afin de permettre aux salariés concernés de concilier activité professionnelle et exercice de mandats représentatifs, leur garantir l'égalité de traitement avec les autres salariés de l'entreprise, prendre en compte l'expérience acquise au titre d'un mandat dans le déroulement de carrière de l'intéressé et, enfin, moderniser les conditions d'accès au congé de formation économique, sociale et syndicale.

360. Lors des débats parlementaires sur la loi du 20 août 2008³⁸³, au Sénat, le rapporteur de la commission des affaires sociales, Monsieur Gournac, exposait³⁸⁴ ainsi qu'une telle disposition « présente un double avantage : elle constitue une incitation à l'engagement dans la vie syndicale et elle permet une juste reconnaissance des connaissances et des compétences acquises par les délégués syndicaux pendant l'exercice de leurs mandats ». En effet, « les délégués syndicaux et les représentants du personnel acquièrent souvent, au cours de leurs mandats, un niveau élevé de connaissances en matière de droit social et de droit du travail. De plus, ils sont amenés à discuter des choix économiques de l'entreprise et se familiarisent ainsi avec la gestion et la stratégie d'entreprise. Ces observations justifient que leur soit reconnue l'expérience acquise ». A l'heure actuelle, on imagine cependant difficilement un employeur attribuer une promotion à un salarié plutôt qu'à un autre au seul motif qu'il a exercé un mandat syndical. En outre, la loi du 20 août 2008³⁸⁵ a inséré, au dernier alinéa de l'article L. 6111-1 du Code du travail, la possibilité pour un représentant syndical d'obtenir une validation des acquis de l'expérience liée à l'exercice de responsabilités syndicales.

361. Salariés concernés.- Si les débats parlementaires de la loi du 20 août 2008³⁸⁶ semblent étendre le bénéfice de ces négociations à tous les représentants du personnel, qu'ils soient élus ou désignés, l'article L. 2242-20 du Code du travail paraît circonscrire son champ d'application aux seuls salariés ayant exercé des responsabilités syndicales, au sens strict du terme. Ainsi, ne seraient concernés que les délégués syndicaux, les représentants syndicaux au comité d'entreprise et au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et les

³⁸³ Précitée, note 380.

³⁸⁴ Rapport n° 470 (2007-2008) de M. Alain Gournac, fait au nom de la commission des affaires sociales, déposé le 15 juillet 2008.

³⁸⁵ Précitée, note 380.

³⁸⁶ Précitée, note 380.

représentants de section syndicale, et ceux qui auraient exercé ces fonctions dans le passé. Depuis la réforme du droit syndical effectuée par cette loi, les délégués syndicaux sont souvent des élus du personnel ou des candidats aux élections professionnelles. On comprend alors difficilement pourquoi les autres élus seraient exclus de l'objet de la négociation. De même, les salariés membres du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et les salariés conseillers prud'homaux peuvent acquérir des compétences dans le cadre de leur mandat : une lecture stricte de l'article L. 2242-20 ne leur permettra de prétendre à une validation des acquis de l'expérience ou au bénéfice d'un éventuel accord d'entreprise sur le sujet à ce seul titre, puisqu'ils n'exercent pas de responsabilités syndicales. Les parties signataires d'un accord collectif dans ce domaine pourront étendre son champ d'application aux salariés exerçant des fonctions de représentation du personnel, mais cette extension ne peut se lire que comme étant facultative.

362. Articulation avec l'article L. 2141-5 du Code du travail.- Aux termes du second alinéa de l'article L. 2141-5 du Code du travail, « un accord détermine les mesures à mettre en œuvre pour concilier la vie professionnelle avec la carrière syndicale et pour prendre en compte l'expérience acquise, dans le cadre de l'exercice des mandats, par les représentants du personnel désignés ou élus dans leur évolution professionnelle ». Aucun délai de négociation n'est indiqué. Il s'agira sans doute d'un accord collectif de droit commun ou éventuellement un accord collectif conclu avec les élus du personnel en l'absence de délégué syndical dans l'entreprise. De plus, l'employeur ne peut pas être sanctionné pénalement pour avoir refusé de négocier sur le sujet. Cependant, les articles L. 2141-5 et L. 2142-20 du Code du travail étant, tous deux, issus de la loi du 20 août 2008³⁸⁷, l'accord évoqué dans le premier de ces textes ne peut-il pas être issu de la négociation engagée dans le cadre du second ?

363. Dans ce cas, le champ d'application de l'article L. 2141-5 serait réduit puisque seules les entreprises de trois cents salariés et plus sont concernés par la négociation triennale obligatoire sur le déroulement de carrière des salariés exerçant des responsabilités syndicales et l'exercice de leurs fonctions. Or il ressort des travaux parlementaires qu'il s'agit bien de deux dispositifs, « favorisant une meilleure prise en compte de l'expérience des élus du personnel et des délégués syndicaux dans leur carrière professionnelle »³⁸⁸. Ainsi, il ne peut

³⁸⁷ Loi n°2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et du temps de travail, JO 21 août 2008.

³⁸⁸ Rapport n° 470 (2007-2008) de M. Alain Gournac, précité, note 384.

exister en la matière d'obligation de couverture, même si l'employeur, pour s'exonérer de son obligation de négocier a tout intérêt à conclure avec les organisations syndicales un accord dans les conditions de l'alinéa 2 de l'article L. 2141-5 du Code du travail. Au contraire, en d'autres domaines, le législateur a institué des obligations différentes de celles qui contraignent à ouvrir la négociation : les obligations de couverture.

Chapitre II – Les obligations de couverture

364. A la fin de l'année 2008, l'ensemble des négociations obligatoires qui existent à l'heure actuelle avait déjà vu le jour. Le contenu de certaines d'entre elles, notamment en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ou de suppression des écarts de rémunération, a pu être légèrement « retouché » par le législateur³⁸⁹. L'année 2009 marque cependant un tournant avec l'apparition d'un nouveau type d'obligation dans le domaine des relations collectives : les obligations de couverture. Comme le montrent les travaux préparatoires de la loi ayant abouti à la mise en place de la première d'entre elles³⁹⁰, en matière d'emploi des salariés âgés, « prenant acte des limites des mesures purement incitatives, le Gouvernement a fait le choix pour 2009 d'une politique plus directive ». Ainsi l'adoption d'une obligation de couverture par le législateur doit s'analyser comme une mesure avant tout politique dont l'objectif est de dissuader plutôt que d'inciter.

365. Aujourd'hui, ces obligations sont au nombre de quatre. L'employeur doit adopter une norme collective sur différents sujets ; à défaut, des sanctions pénales et financières pèseraient sur lui. En dehors des différents thèmes sur lesquels elles portent, leur champ d'application et la procédure à suivre par l'employeur assujetti afin d'être couvert et l'articulation avec des dispositifs existants sont bien distincts. Tant les obligations de couverture que les personnes morales concernées en matière d'emploi des salariés âgés (section 1), d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (section 2), de prévention de la pénibilité (section 3) et l'établissement d'une prime de partage des profits au bénéfice des salariés (section 4) devront être définies.

Section 1 – L'emploi des salariés âgés

366. Cette obligation de couverture doit être mise en parallèle avec l'obligation de négocier prévue à l'article L. 2242-19 du Code du travail sur les conditions de retour et de maintien dans l'emploi des salariés âgés et de leur accès à la formation professionnelle qui existe depuis 2003³⁹¹. Bien que distincte, elle vient renforcer cette dernière en dissuadant les

³⁸⁹ Par le biais, notamment, de la loi n°2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites, JO 10 novembre 2010.

³⁹⁰ Rapport n°83 (2008-2009) de M. Alain Vasselle, fait au nom de la commission des affaires sociales, déposé le 5 novembre 2008, sur la loi n°2008-1330 du 17 décembre 2008 de financement de la Sécurité sociale pour 2009, JO 18 décembre 2008.

³⁹¹ Loi n°2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites, dite « loi Fillon », JO 22 août 2003.

partenaires sociaux, mais surtout les employeurs, de ne pas avoir une démarche proactive. Cependant, l'obligation de couverture doit bien être distinguée de l'obligation de négocier, notamment car leurs champs d'application sont différents (sous-section 1), et ce d'autant plus que le législateur et les circulaires d'application de la loi du 17 décembre 2008³⁹² en ont défini un contenu distinct (sous-section 2).

Sous-section 1 – Obligation de couverture relative à l'emploi des salariés âgés et entreprises assujetties

367. Monsieur Vasselle, rapporteur au Sénat pour la commission des affaires sociales, énonçait dans son rapport à propos de l'article 87 de la loi du 17 novembre 2008³⁹³ que « la politique incitative à l'égard des entreprises est loin d'avoir porté ses fruits : de nombreux employeurs sont toujours réticents à l'idée de maintenir les seniors en emploi. C'est pourquoi, votre commission s'est prononcée pour la mise en œuvre de mesures plus directives vis-à-vis des entreprises afin qu'elles prennent davantage en compte les salariés âgés dans leur politique de gestion des ressources humaines ». C'est en ce sens qu'une nouvelle obligation a été créée à la charge des entreprises (§1) ; le champ d'application de l'obligation de négocier étant dépassé (§2).

§1. Nature de l'obligation de couverture

368. Cette première obligation de couverture ne figure pas dans le Code du travail. Il convient de se référer à l'article L. 138-24 du Code de la Sécurité sociale³⁹⁴, pour en déterminer les contours : « Les entreprises, y compris les établissements publics, mentionnées aux articles L. 2211-1 et L. 2233-1 du Code du travail employant au moins cinquante salariés ou appartenant à un groupe au sens de l'article L. 2331-1 du même code dont l'effectif comprend au moins cinquante salariés sont soumises à une pénalité à la charge de l'employeur lorsqu'elles ne sont pas couvertes par un accord ou un plan d'action relatif à l'emploi des salariés âgés [...]». Ainsi, différentes catégories de normes collectives peuvent permettre à l'employeur de s'exonérer de son obligation (I), mais une certaine procédure doit être respectée (II).

³⁹² Créé par la loi n°2008-1330 du 17 décembre 2008 de financement de la Sécurité sociale pour 2009, JO 18 décembre 2008.

³⁹³ Précitée, note 392.

³⁹⁴ Précitée, note 392.

I. L'exonération de l'employeur du paiement de la pénalité par l'existence d'une norme collective

369. L'accord collectif d'entreprise ou de groupe.- Aux termes de l'article L. 138-25 du Code de la Sécurité sociale, un accord d'entreprise ou de groupe portant sur l'emploi des salariés âgés permet aux entreprises de s'exonérer du paiement de la pénalité financière. L'accord collectif d'entreprise, de droit commun, ne suscite que peu d'interrogations contrairement à l'accord de groupe. En effet, une entreprise assujettie à l'obligation de couverture qui entre dans le champ d'application de cet accord pourrait, en cas de sortie du groupe, au-delà du délai de préavis et du délai de survie, en l'absence d'un accord de substitution, devoir mettre en place une norme à son niveau. C'est pourquoi la circulaire du 9 juillet 2009³⁹⁵ invite les entreprises, appartenant à un groupe au niveau duquel un accord a été conclu, à mettre en place leur propre plan d'action pour être « davantage sécurisées au regard du non-paiement de la pénalité, étant donné les changements possibles de périmètres de la plupart des groupes ».

370. La décision unilatérale de l'employeur.- Le premier alinéa de l'article L. 138-26 du Code de la Sécurité sociale prévoit la possibilité d'une mise en place du plan d'action au niveau de l'entreprise ou du groupe par une décision unilatérale de l'employeur. De façon surprenante, aux termes de la loi, une décision unilatérale de groupe pourrait donc permettre aux entreprises y appartenant de s'exonérer du paiement de la pénalité. La circulaire du 9 juillet 2009 reprend cette position. Ici encore, rien ne permet d'en douter au niveau de l'entreprise, contrairement à celui du groupe. En effet, le groupe n'est pas doté de la personnalité morale, la décision prise par le dirigeant de l'entreprise dominante ne devrait donc pas s'imposer aux autres entreprises du groupe : elle ne pourrait donc valoir plan d'action que dans l'hypothèse où elle serait transposée dans chacune de celles-ci. Une stricte analyse juridique de la décision unilatérale du dirigeant du groupe conduirait à considérer que l'entreprise dominante serait couverte par celle-ci, contrairement à toutes les autres entreprises du groupe qui, en l'absence d'autre norme collective, seraient redevables de la pénalité. Pour autant, certains groupes ont choisi cette voie, sans conséquences dommageables pour eux à ce jour³⁹⁶.

³⁹⁵ Circulaire DGEFP-DGT-DSS n°2009-31 du 9 juillet 2009 relative aux accords et aux plans d'action en faveur de l'emploi des salariés âgés prévus par l'article 87 de la loi n°2008-1330 de financement de la Sécurité sociale pour 2009.

³⁹⁶ C'est notamment le cas d'Areva qui a mis en place un « Plan d'action sur les Seniors » en 2009.

371. L'accord de branche étendu.- Aux termes du second alinéa de l'article L. 138-26 du Code de la Sécurité sociale, les entreprises assujetties à l'obligation de couverture relative à l'emploi des salariés âgés dont l'effectif est inférieur à trois cents salariés ne seront pas soumises à la pénalité financière ni tenues de mettre en place un plan d'action si la branche à laquelle elles appartiennent a conclu un accord étendu en comportant un dans le cadre de la négociation triennale sur les conditions de travail et la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences mentionnée à l'article L. 2241-4 du Code du travail. L'extension de l'accord de branche ne suffit pas pour autant, l'organisation patronale signataire devant demander à la direction générale de l'emploi et de la formation professionnelle de le valider au nom du ministre chargé de l'emploi. Ces accords, à durée déterminée de trois ans, ne peuvent permettre d'exonérer les entreprises plus longtemps : or, bon nombre d'accords de branche arrivent à échéance en fin d'année³⁹⁷, et les négociations en vue de conclure n'aboutiront peut être pas toutes. Les entreprises devront alors mettre en place un plan d'action à leur niveau, cette mise en place devra se faire prioritairement par la négociation d'un accord collectif.

II. Le caractère subsidiaire de la décision unilatérale

372. Une alternative ?.- A la lecture de l'article L. 138-24 du Code de la Sécurité sociale, l'obligation de couverture impose uniquement l'existence d'un accord ou d'un plan d'action. Un raccourci est utilisé : le plan d'action peut être mis en place sous la forme d'un accord collectif ou d'une décision unilatérale de l'employeur. Aussi, lorsque le législateur parle de plan d'action, comme alternative à l'accord collectif, dans ce texte, il faut entendre « décision unilatérale de l'employeur ». En conséquence, il conviendrait plutôt de parler de plan d'action conventionnel ou unilatéral. Une stricte lecture de cet article conduit en outre à considérer qu'il existe une alternative entre les modes de mise en place du plan d'action : l'employeur pourrait choisir de ne pas ouvrir la négociation et de l'instituer par voie unilatérale.

373. La prééminence de la négociation collective.- Pour autant, il ressort de l'article L. 138-26 du même code que ce n'est qu'en l'absence d'accord collectif d'entreprise ou de groupe qu'un plan d'action peut être établi par voie unilatérale. De même, la circulaire

³⁹⁷ Par exemple, l'accord national du 4 décembre 2009 relatif à l'emploi des salariés âgés dans la Métallurgie, extension du 10 mars 2010, JO 18 mars 2010.

du 9 juillet 2009³⁹⁸ institue une certaine hiérarchie entre ces modes de mise en place pour les entreprises de moins de trois cents salariés : l'entreprise est exonérée lorsqu'il existe un accord de branche étendu ou, à défaut, un plan d'action conventionnel ou, à défaut, un plan d'action unilatéral.

374. Conséquences pratiques.- En pratique, deux situations doivent être alors distinguées. Premièrement, dans les entreprises dans lesquelles un ou des délégués syndicaux ont été désignés. La mise en place d'un plan d'action unilatéral ne sera possible que dans l'hypothèse où une négociation aura déjà eu lieu sur ce thème. A défaut, il conviendra d'inviter les délégués syndicaux et de constater l'échec de la négociation pour établir un plan d'action unilatéral. Si tel n'était pas le cas, l'employeur commettrait un délit d'entrave à l'exercice du droit syndical. Deuxièmement, dans les entreprises dans lesquelles il n'y a pas de délégués syndicaux, à défaut de convention collective de branche étendue, aucune obligation d'ouvrir une négociation ne pèse sur l'employeur. En outre, la négociation avec les élus du personnel, un salarié mandaté par une organisation syndicale représentative dans la branche ou le représentant de section syndicale ne serait pas possible puisqu'un tel dispositif peut être établi autrement que par un accord collectif. En conséquence, l'employeur prend une décision unilatérale établissant un plan d'action en faveur de l'emploi des salariés âgés, sans négocier au préalable, dans les hypothèses où la négociation de droit commun n'est pas possible. *A contrario*, lorsqu'elle peut se tenir, il y a tout lieu de conseiller de l'ouvrir.

§2. Champ d'application de la pénalité financière

375. Aux termes de l'article L. 138-24 du Code de la Sécurité sociale, sont assujetties à la mise en place d'un plan d'action « les entreprises, y compris les établissements publics, mentionnées aux articles L. 2211-1 et L. 2233-1 du Code du travail employant au moins cinquante salariés ou appartenant à un groupe au sens de l'article de l'article L. 2331-1 du même code dont l'effectif comprend au moins cinquante salariés ». Un second seuil d'effectif figure au second alinéa de l'article L. 138-26 du Code de la Sécurité sociale. En effet, seuls les entreprises ou groupe de moins de trois cents salariés ne pourront être exonérés de l'obligation d'établir un plan d'action au titre d'un accord de branche étendu validé par l'administration. A partir de ces textes, sont identifiés les entreprises et groupes concernés (I) et les règles applicables au calcul de l'effectif (II).

³⁹⁸ Précitée, note 395.

I. Entreprises et groupes concernés

376. Entreprises concernées.- Toute entreprise de cinquante salariés et plus entre dans le champ d'application de la pénalité financière. Il ressort des travaux préparatoires que la disposition relative aux établissements publics a été insérée à l'Assemblée Nationale afin d'éviter que l'usage du terme « d'entreprise » ne puisse conduire à les dispenser d'élaborer un plan d'action. Certaines entreprises, par leur appartenance à un groupe d'au moins cinquante salariés, entrent dans le champ d'application de la pénalité financière quand bien même leur effectif propre serait inférieur à cinquante salariés. Enfin, on pourrait s'interroger sur l'assujettissement des unités économiques et sociales de cinquante salariés et plus. Aucun texte ne les mentionnant, il n'y a aucune raison de les assimiler à une entreprise ou un groupe, on pourrait considérer qu'elles n'entrent pas dans le champ d'application de la pénalité financière, et ne font pas entrer les entreprises les composant au titre de leur appartenance à l'unité économique et sociale. Cependant, compte tenu des récentes interprétations de l'administration en la matière³⁹⁹, la prudence recommanderait de mettre en place un plan d'action.

377. Groupes concernés.- Les groupes d'entreprises soumis à l'obligation de créer un comité de groupe de plus de cinquante salariés entrent dans le champ d'application de la pénalité financière. L'article L. 138-24 du Code de la Sécurité sociale renvoie aux groupes au sens de l'article L. 2331-1 du Code du travail : ce sont les groupes constitués d'une entreprise dominante ayant son siège social en France et contrôlant au moins une entreprise située en France, dans les conditions définies aux articles L. 233-1, L. 233-3, I et II et L. 233-16 du Code de commerce⁴⁰⁰. Sont alors à exclure les groupes constitués d'une société dominante ayant son siège social à l'étranger et contrôlant des sociétés situées sur le territoire français dont les effectifs sont inférieurs à cinquante salariés pour chacune, et les groupes constitués d'une société dominante de moins de cinquante salariés ayant son siège social sur le territoire français mais ne contrôlant que des sociétés à l'étranger.

378. De plus, une entreprise d'au moins cinquante salariés appartenant à un groupe dont la société dominante est située à l'étranger est soumise au paiement de la pénalité financière, en cas d'absence de plan d'action, au titre du champ d'application général. *A contrario*, l'entreprise de moins de cinquante salariés appartenant à un groupe au sens de

³⁹⁹ Cf. infra

⁴⁰⁰ Sur la notion de groupe au sens de l'article L. 2331-1, Cf. Chapitre I, Section 1, Sous-section 2, §2, II.

l'article L. 2331-1 du Code du travail, de plus de cinquante salariés, entre dans le champ d'application de la pénalité financière. Dès lors se pose la question de savoir si, appartenant à un groupe d'au moins trois cents salariés, en présence d'un accord de branche, un plan d'action ou un accord de groupe doit être établi pour les entreprises du groupe qui comptent moins de trois cents salariés. En effet, en tant qu'entreprise de moins de trois cents salariés, elles pourraient bénéficier de la couverture de l'accord de branche étendu et validé par l'administration, en dépit de leur appartenance à un groupe de plus de trois cents salariés. La circulaire du 9 juillet 2009⁴⁰¹ n'envisage pas cette hypothèse. En droit, l'entreprise de moins de trois cents salariés pourra donc être exonérée du paiement de la pénalité au titre de l'accord de branche, et ce même si elle appartient à un groupe d'au moins trois cents salariés.

II. Le calcul de l'effectif

379. Le principe.- Un décret du 20 mai 2009⁴⁰² a précisé, notamment, la date et les règles d'appréciation de l'effectif. Celles-ci portent de lourds enjeux puisqu'en raison d'un dépassement du seuil de cinquante ou de trois cents salariés, les obligations pesant sur l'employeur ne seront pas les mêmes. L'article D. 138-25 du Code de la Sécurité sociale prévoit qu'en principe « les effectifs sont appréciés au 31 décembre, tous établissements confondus, en fonction de la moyenne au cours de l'année civile des effectifs déterminés chaque mois ». Cette appréciation se fera selon les règles posées aux articles L. 1111-2, L. 1111-3 et L. 1251-54 du Code du travail⁴⁰³.

380. Les franchissements de seuils.- Se pose ainsi la question de la conduite à tenir en cas de franchissement de seuil en cours d'année. La circulaire du 9 juillet 2009⁴⁰⁴ précise que l'entreprise de moins de cinquante salariés qui franchit ce seuil au cours d'une année donnée n'entrera dans le champ d'application de la pénalité financière qu'au titre de l'année civile suivante. De la même façon, une entreprise de moins de trois cents salariés, auparavant couverte par un accord de branche étendu et validé, qui franchirait ce seuil entrera dans le

⁴⁰¹ Circulaire DGEFP-DGT-DSS n°2009-31 du 9 juillet 2009 relative aux accords et aux plans d'action en faveur de l'emploi des salariés âgés prévus par l'article 87 de la loi n°2008-1330 de financement de la Sécurité sociale pour 2009.

⁴⁰² Décret n°2009-564 du 20 mai 2009 relatif au décompte des effectifs prévu à l'article L. 138-28 du Code de la Sécurité sociale pour les accords et plans d'action en faveur de l'emploi des salariés âgés, JO 21 mai 2009.

⁴⁰³ Soit les dispositions communes de calcul des effectifs, la circulaire du 9 juillet 2009 précisant que « par souci de simplification et de bonne application, les modalités retenues pour ce décompte sont les mêmes que celles d'ores et déjà appliquée par les entreprises pour le calcul des mesures d'exonération tels que les allègements généraux de cotisations ».

⁴⁰⁴ Précitée, note 401.

champ d'application de la pénalité financière à compter de l'année suivante sauf si elle a établi un plan d'action conventionnel ou unilatéral.

381. Le cas particulier des entreprises nouvellement créées.- Aux termes du troisième alinéa de l'article D. 138-25 du Code de la Sécurité sociale, « pour une entreprise créée en cours d'année, l'effectif est apprécié à la date de sa création. Au titre de l'année suivante, l'effectif de cette entreprise est apprécié dans les conditions définies aux deux alinéas précédents, en fonction de la moyenne des effectifs de chacun des mois d'existence de la première année ». Ainsi, une entreprise qui se crée au 1^{er} avril 2012 avec moins de cinquante salariés n'entrera pas dans le champ de la pénalité. Pour l'année 2013, elle devra déterminer son effectif en faisant la moyenne des effectifs au cours de ses neuf mois d'existence. Si elle dépasse le seuil de cinquante salariés, il existe une tolérance administrative, énoncée par la circulaire du 9 juillet 2009⁴⁰⁵ : il sera « demandé aux URSSAF de ne tenir compte de la pénalité qu'à l'issue d'un délai de trois mois suivants le 1^{er} janvier à compter duquel l'entreprise en est devenue redevable ». Pour autant, l'employeur devra se pencher sur l'objet de son obligation et le contenu du plan d'action à mettre en place.

Sous-section 2 – L'objet de l'obligation de couverture relative à l'emploi des salariés âgés

382. La loi du 21 août 2003⁴⁰⁶ a créé une obligation de négocier. C'est en raison du faible nombre de négociations menées que l'obligation de couverture en matière d'emploi des salariés âgés a été instituée par le législateur par une loi du 17 décembre 2008⁴⁰⁷. Elle a donc du s'articuler avec des obligations de négocier existantes, notamment en matière de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences depuis 2005⁴⁰⁸ (§1). Pour autant le contenu du plan d'action conventionnel ou unilatéral a été précisé : l'expression de « clauses obligatoires » peut, presque, être employée (§2).

⁴⁰⁵ Précitée, note 401.

⁴⁰⁶ Loi n°2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites, dite « loi Fillon », JO 22 août 2003.

⁴⁰⁷ Loi n°2008-1330 du 17 décembre 2008 de financement de la Sécurité sociale pour 2009, JO 18 décembre 2008.

⁴⁰⁸ Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale, JO 19 janvier 2005.

§1. Une articulation nécessaire avec les dispositifs préexistants

383. Une articulation avec la négociation triennale obligatoire.- Aux termes de l'article L. 2242-19 du Code du travail, il existe une négociation triennale obligatoire sur les conditions de retour et de maintien dans l'emploi des salariés âgés et de leur accès à la formation professionnelle. Cette négociation aura pu se tenir au cours de celle qui porte sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences⁴⁰⁹. Dans le cas où un accord aurait été signé, comportant des dispositions sur l'emploi des salariés âgés, celui-ci peut-il permettre à l'entreprise de s'exonérer du paiement de la pénalité ?

384. L'improbable conformité formelle du plan d'action antérieur à la loi.- Il semblerait que la réponse soit négative : les dispositions relatives à l'emploi des salariés âgés de l'accord antérieur à la loi du 17 décembre 2008⁴¹⁰ ne rempliront probablement pas les conditions posées par l'article 87 de cette même loi quant au contenu du plan d'action. Ce vocable même de « plan d'action », n'existait pas. Il est donc improbable qu'une entreprise ait établi une telle norme avant l'adoption de cette loi. L'employeur devra donc mettre en place un plan d'action conventionnel ou unilatéral conforme à l'article L. 138-25 du Code de la Sécurité sociale. Si une clause de révision a été prévue dans l'accord antérieur, il sera possible de négocier un avenant à cet accord tout en respectant les durées déterminées. En cas d'échec de la négociation, une décision unilatérale permettra à l'employeur de s'exonérer du paiement de la pénalité. L'importance du formalisme du plan d'action présente ainsi de nombreux inconvénients pour les entreprises vertueuses qui avaient déjà agi dans le domaine.

§2. Le contenu du plan d'action en faveur de l'emploi des salariés âgés

385. Quelle que soit la forme sous laquelle le plan d'action est mis en place⁴¹¹, conformément à l'article L. 138-25 du Code de la Sécurité sociale, trois éléments devront y figurer : un objectif chiffré de maintien dans l'emploi ou de recrutement des salariés âgés (I), des actions pour atteindre cet objectif auxquelles sont associés des indicateurs chiffrés (II) et des modalités de suivi de la mise en œuvre des actions retenues, et de la réalisation de cet objectif (III).

⁴⁰⁹ Sur la possible dissociation des thèmes de négociation triennale obligatoire, Cf. Titre I, Chapitre I, Section 2, Sous-section 2, §1.

⁴¹⁰ Précitée, note 407.

⁴¹¹ Pour rappel, il peut l'être par accord de branche, accord de groupe, accord d'entreprise ou décision unilatérale de l'employeur.

I. L'objectif chiffré de maintien dans l'emploi ou de recrutement

386. Notion de salarié âgé au regard des objectifs chiffrés.- L'ensemble du plan d'action a pour objet l'atteinte d'un objectif chiffré de maintien dans l'emploi ou de recrutement des salariés âgés, conformément à l'article L. 138-25 du Code de la Sécurité sociale. Il en existe deux : l'objectif de maintien dans l'emploi et celui de recrutement. L'employeur est libre de n'en retenir qu'un mais les deux peuvent aussi être abordés. Le décret d'application⁴¹² de la loi du 17 décembre 2008⁴¹³ a précisé l'âge qui doit être retenu pour ces deux objectifs. Aux termes de l'article R. 138-25, l'objectif chiffré de maintien dans l'emploi concerne les salariés âgés de cinquante-cinq ans et plus, alors que celui de recrutement concerne les salariés âgés de cinquante ans et plus.

387. Objectif chiffré global.- La circulaire du 9 juillet 2009⁴¹⁴ précise que cet objectif doit être chiffré et qu'il est « global ». D'autres objectifs chiffrés pourront être déterminés afin d'assurer le suivi de la mise en œuvre des actions⁴¹⁵. Il devra être fixé en tenant compte de la situation de l'entreprise en matière d'emploi ou de recrutement de salariés âgés au jour de l'élaboration du plan d'action. Les textes sont muets quant au chiffrage de cet objectif : on peut se demander s'il peut simplement tendre à un *statu quo*, voire même être en deçà du taux constaté au jour de sa définition, ou s'il doit nécessairement être un objectif de progression. Il ressort de l'esprit des textes que l'employeur doit s'engager à progresser en la matière ou à se maintenir *a minima*. Cependant, dans le cas où une évolution négative de l'emploi des salariés âgés serait prévisible, par exemple en raison de nombreux départs à la retraite, il semble logique que l'objectif de maintien puisse être inférieur au taux de salariés âgés de cinquante cinq ans et plus au jour de l'élaboration du plan d'action.

388. Plusieurs chiffres peuvent être envisagés. D'abord, il peut s'agir d'un pourcentage de salariés âgés travaillant au sein de l'entreprise ou de recrutement de tels

⁴¹² Décret n°2009-560 du 20 mai 2009 relatif au contenu et à la validation des accords et des plans d'action en faveur de l'emploi des salariés âgés, JO 21 mai 2009.

⁴¹³ Précitée, note 407.

⁴¹⁴ Circulaire DGEFP-DGT-DSS n°2009-31 du 9 juillet 2009 relative aux accords et aux plans d'action en faveur de l'emploi des salariés âgés prévus par l'article 87 de la loi n°2008-1330 de financement de la Sécurité sociale pour 2009.

⁴¹⁵ Cf. III du présent paragraphe.

salariés par rapport à l'effectif de l'entreprise ou au nombre de recrutements⁴¹⁶. Ensuite, pourra être retenu un nombre d'emplois ou un nombre de recrutements tous postes confondus dans l'entreprise⁴¹⁷. Lorsque le taux retenu ou le nombre retenu sera inférieur à celui qui est constaté au jour de l'élaboration du plan d'action, l'employeur devra nécessairement justifier son choix par l'évolution négative prévisible en la matière : la circulaire n'envisage pas ce point, mais la cession en cours d'une activité de l'entreprise où les salariés âgés sont très nombreux ou, plus communément, le grand nombre de départs à la retraite de salariés devrait être admis. En vue de réaliser cet objectif chiffré global, des actions doivent être retenues et détaillées dans le plan d'action.

II. Les actions pour atteindre cet objectif et les indicateurs chiffrés associés

389. Domaines réglementaires.- Aux termes du troisième alinéa de l'article L. 138-25 du Code de la Sécurité sociale, « des dispositions favorables au maintien dans l'emploi et au recrutement des salariés âgés portant sur trois domaines d'action au moins choisis parmi une liste fixée par décret en Conseil d'Etat et auxquelles sont associés des objectifs chiffrés » doivent figurer dans le plan d'action conventionnel ou unilatéral. Six domaines ont été retenus et figurent dans le décret, ils ont été codifiés à l'article R. 138-26 du Code de la Sécurité sociale : le recrutement des salariés âgés dans l'entreprise, l'anticipation de l'évolution des carrières professionnelles, l'aménagement des fins de carrière et de la transition entre activité et retraite, le développement des compétences et des qualifications et l'accès à la formation, l'aménagement des fins de carrière et de la transition entre activité et retraite, et la transmission des savoirs et des compétences et le développement du tutorat.

390. Domaine, action, objectif chiffré propre et indicateur.- Il est prévu à l'article R. 138-27 du Code de la Sécurité sociale que pour chaque domaine retenu, l'employeur doit définir une action, ou « disposition favorable » selon le terme utilisé dans la circulaire du 9 juillet 2009⁴¹⁸. Pour que le plan d'action soit valable, l'employeur doit retenir au minimum une action dans au moins trois des six domaines d'action. Si le choix est fait d'en retenir plus, deux situations peuvent être envisagées. Lorsqu'elles s'inscrivent dans l'un

⁴¹⁶ Par exemple : objectif de maintien dans l'emploi : 15% de l'effectif total de l'entreprise sera composé de salariés âgés, c'est-à-dire de cinquante-cinq ans et plus ; objectif de recrutement : 30% des recrutements concerneront des salariés âgés, c'est-à-dire de cinquante ans et plus.

⁴¹⁷ Par exemple : objectif de maintien dans l'emploi : au moins 15 postes de travail de l'entreprise doivent être occupés par des salariés âgés ; objectif de recrutement : au moins 10 salariés âgés de plus de cinquante ans doivent être recrutés tous les ans.

⁴¹⁸ Précitée, note 414.

des domaines prévus par le décret du 20 mai 2009⁴¹⁹, il semblerait qu'elles doivent être assorties d'un objectif chiffré et d'un indicateur de suivi. En revanche, lorsqu'elles portent sur d'autres domaines, la circulaire indique qu'elles ne sont pas soumises à cette exigence d'être assorties d'un objectif chiffré, mesuré au moyen d'un indicateur.

391. En effet, à chacune des actions sont associés des objectifs chiffrés propres, qui doivent être distingués de l'objectif chiffré global, dont la réalisation est mesurée au moyen d'indicateurs. Ici encore, l'objectif chiffré propre peut être défini en nombre, en pourcentage, mais il peut aussi être relatif aux moyens financiers alloués. La circulaire précise en outre que cet objectif peut « concerner d'autres tranches d'âges que celles retenues pour l'objectif global, voire ne pas cibler précisément une tranche d'âge ». Ainsi, l'employeur peut choisir d'étendre le bénéfice de certaines actions à tous les salariés de plus de quarante-cinq ans par exemple. Il doit toutefois veiller à la formulation de celles-ci pour éviter d'établir une obligation de résultat ou de créer des droits individuels pour certains salariés : il s'agit uniquement d'objectifs à atteindre. De plus, il faut veiller à ce que cela soit cohérent avec l'objectif chiffré global défini. Enfin, l'indicateur défini pour chaque objectif chiffré permet de mesurer le résultat de l'action prévue et l'évolution de celui-ci.

III. Les modalités de suivi de la mise en œuvre des actions et de la réalisation de l'objectif

392. L'article L. 138-25 du Code de la Sécurité sociale prévoit, de manière générale, que le plan d'action doit préciser les modalités de suivi de la mise en œuvre des actions retenues et de la réalisation de l'objectif de maintien dans l'emploi ou de recrutement de salariés âgés. Quelques précisions ont été apportées par le décret du 20 mai 2009⁴²⁰ et codifiées à l'article R. 138-28 du même code : les modalités de suivi différeront en fonction de la norme collective à l'origine du plan d'action, conventionnelle ou unilatérale.

393. Plan d'action unilatéral.- Aux termes du premier alinéa de l'article R. 138-28 du Code de la Sécurité sociale, le plan d'action établi par décision unilatérale de l'employeur doit « prévoir les modalités d'une communication annuelle de ces indicateurs et de l'évolution de leurs résultats, au comité d'entreprise, ou à défaut aux délégués du personnel, dans les

⁴¹⁹ Précité, note 412.

⁴²⁰ Décret n°2009-560 du 20 mai 2009 relatif au contenu et à la validation des accords et des plans d'action en faveur de l'emploi des salariés âgés, JO 21 mai 2009.

conditions énoncées aux articles L. 2323-47 et L. 2323-56 du Code du travail ». Les modalités de suivi s'inscrivent, en ce cas, dans le cadre du rapport annuel sur la situation économique pour les entreprises de moins de trois cents salariés comme le prévoit l'article L. 2323-47 du Code du travail ou, pour les entreprises au dessus de ce seuil d'effectif, dans le cadre de l'information-consultation sur « les prévisions annuelles ou pluriannuelles et les actions, notamment de prévention et de formation, que l'employeur envisage de mettre en œuvre compte tenu de ces prévisions, particulièrement au bénéfice des salarié âgés » prévue au troisième alinéa de l'article L. 2323-56 du même code. Transparaît ici la volonté du législateur d'intégrer à des dispositifs préexistants de nouvelles obligations, ce qui peut, en certains cas, poser des problèmes d'articulation entre eux.

394. Plan d'action conventionnel : principe.- Deux hypothèses sont à envisager dans lesquelles le plan d'action a été établi par la voie conventionnelle, selon que l'on se trouve dans l'une ou dans l'autre, les obligations en matière de modalités de suivi varieront. Premièrement, dans le cas où le plan d'action est établi dans le cadre d'un accord collectif d'entreprise ou de groupe, l'article R. 138-28 du Code de la Sécurité sociale, en son troisième alinéa, prévoit que celui-ci détermine librement les modalités de suivi de son application. L'employeur et les organisations syndicales représentatives ont donc toute latitude pour fixer celles-ci. Le suivi peut alors, par exemple, être confié à une commission créée spécialement qui se réunira une fois par semestre. Par ailleurs, la circulaire du 9 juillet 2009⁴²¹ rajoute à la loi et au décret en considérant que les modalités de suivi devront être, *a minima*, celles qui sont prévues pour les plans d'action unilatéraux, conformément au premier alinéa de l'article R. 138-28⁴²² du Code de la Sécurité sociale.

395. Plan d'action conventionnel : exception, l'accord de branche.- Deuxièmement, dans l'hypothèse où l'entreprise est exonérée du paiement de la pénalité financière au titre d'un accord de branche étendu et validé par l'administration, des modalités de suivi particulières sont prévues. Aux termes du deuxième alinéa de l'article R. 138-28 du Code de la Sécurité sociale, l'accord de branche prévoit que les indicateurs, permettant de mesurer la mise en œuvre des actions retenues, et l'évolution de leurs résultats figureront dans le rapport annuel de branche prévu à l'article D. 2241-1 du Code du travail, c'est-à-dire celui qui doit être remis par les organisations patronales aux organisations syndicales de salariés

⁴²¹ Circulaire DGEFP-DGT-DSS n°2009-31 du 9 juillet 2009 relative aux accords et aux plans d'action en faveur de l'emploi des salariés âgés prévus par l'article 87 de la loi n°2008-1330 de financement de la Sécurité sociale pour 2009.

⁴²² C'est-à-dire un suivi par les institutions représentatives du personnel, Cf. supra.

quinze jours avant la date d'ouverture de la négociation annuelle sur les salaires tenue en application de l'article L. 2241-1 du même code. Ainsi, l'absence, autorisée, de toute norme collective au niveau de l'entreprise dispensera l'employeur d'assurer un quelconque suivi des actions mises en place. Une telle dispense n'existe pas pour toutes les obligations de couverture et notamment en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

Section 2 – L'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes

396. La loi du 9 novembre 2010⁴²³ a institué deux obligations de couverture entrant, en principe⁴²⁴, en vigueur au 1^{er} janvier 2012. La première d'entre elles porte sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. Ce thème de négociation obligatoire existe depuis 2001 et avait été étendu en 2006⁴²⁵. Or, un rapport de l'inspection générale des affaires sociales⁴²⁶ montrait que peu de négociations ont lieu et que lorsque des accords sont signés, ils « ont un contenu « faible » et sont parfois des « coquilles vides » car ils se contentent de rappeler les principes, abondent en déclarations de bonnes intentions et ne contiennent pas suffisamment de mesures concrètes ». Une obligation de couverture, au champ d'application plus étendu que celui de l'obligation de négocier, a donc été créée (sous-section 1), et le contenu des plans d'action en la matière a été réglementé (sous-section 2).

Sous-section 1 – Obligation de couverture relative à l'égalité professionnelle et entreprises assujetties

397. L'obligation de couverture en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes résulte de l'article L. 2242-5-1 du Code du travail inséré sous l'article L. 2242-5, qui est le fondement de l'obligation de négocier en la matière, par la loi du 9 novembre 2010⁴²⁷. Cette insertion, dont il faut chercher les raisons dans le souci du législateur de rationaliser l'articulation des différentes obligations de l'employeur en liant celles qui

⁴²³ Loi n°2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites, JO 10 novembre 2010.

⁴²⁴ La loi du 9 novembre 2010 (précitée) a fixé l'entrée en vigueur du dispositif au 1^{er} janvier 2012 et, pour les entreprises déjà couvertes par un accord ou un plan d'action à la date de publication de la loi, à l'échéance de ceux-ci. Si, dans la majorité des cas, cette rédaction ne pose pas de problèmes, une difficulté survient lorsque l'échéance du terme de l'accord a eu lieu avant le 1^{er} janvier 2012. En effet, la situation d'accords à durée déterminée conclus antérieurement au 9 novembre 2010 et dont le terme survenait avant le 1^{er} janvier 2012 ou d'accords à durée indéterminée mis en cause ou dénoncés dans ce même intervalle a pu se présenter. L'ensemble du dispositif est alors entré en vigueur plus tôt que ne l'avait envisagé le législateur.

⁴²⁵ Cf. Titre I, Chapitre I, Section 2, Sous-section 1, §2, II.

⁴²⁶ Rapport préparatoire à la concertation avec les partenaires sociaux sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes établi par Brigitte Grézy, inspection générale des affaires sociales, juillet 2009.

⁴²⁷ Précitée, note 423.

sont créées aux dispositifs préexistants, donne lieu à un certain nombre de confusions. En effet, ni le champ d'application (§1) ni le contenu de l'obligation de couverture figurant à l'article L. 2242-5-1 du Code du travail ne concordent avec ceux de l'obligation de négocier issue de l'article précédent du même code et qui doit être privilégiée (§2).

§1. Champ d'application de l'obligation de couverture

398. Aux termes de l'article L. 2242-5-1, toutes les entreprises d'au moins cinquante salariés entrent dans le champ d'application de la pénalité financière lorsqu'elles ne sont pas couvertes par un accord relatif à l'égalité professionnelle ou, à défaut d'accord, par un plan d'action établi par décision unilatérale sur le même thème. En raison de l'existence d'une obligation de négocier en la matière, il convient de distinguer les entreprises qui y sont assujetties (I) de celles qui n'y sont pas mais qui entrent cependant dans le champ d'application de l'obligation de couverture relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (II). De plus, le périmètre à prendre en compte pour le calcul de l'effectif et ses modalités soulèvent des interrogations (III).

I. Les entreprises soumises à l'obligation annuelle de négocier sur l'égalité professionnelle

399. Existence d'un lien entre obligation de négocier et obligation de couverture.- Le chapitre du Code du travail tenant à la négociation obligatoire en entreprise comprend, notamment, une section relative à la négociation annuelle au sein de laquelle une sous-section a trait à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. Au cœur de celle-ci, à l'article L. 2242-5-1, figure l'obligation de couverture en la matière. Étonnamment, son champ d'application est défini dans ce même texte : « les entreprises d'au moins cinquante salariés ». Dans sa version initiale, le projet de loi prévoyait que seules les entreprises de plus de trois cents salariés seraient concernées par cette obligation. Cette extension du champ d'application soulève des interrogations quant à l'assujettissement éventuel de tout employeur contraint, par ailleurs, d'ouvrir annuellement la négociation prévue à l'article L. 2242-5 du Code du travail⁴²⁸. Or, le législateur a fait preuve d'une certaine maladresse en renvoyant à ce texte dans l'article L. 2242-5-1 du même code : il crée une confusion.

⁴²⁸ Cf. Titre I, Chapitre I, Section 1, Sous-section 1.

400. Une codification maladroite de ce dispositif.- En effet, il résulte de cette disposition que l'accord conclu dans le cadre de l'obligation annuelle de négocier sur l'égalité professionnelle, visée à l'article L. 2242-5, permet à l'employeur de s'exonérer du paiement de la pénalité financière. Cependant, aux termes de l'article L. 2242-1 du Code du travail, entrent dans le champ d'application de la négociation obligatoire « les entreprises où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisation syndicales représentatives » : aucun seuil d'effectif n'est alors imposé. La codification effectuée par l'article 99, I, de la loi du 9 novembre 2010⁴²⁹ de l'obligation de couverture relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes à l'article L. 2242-5-1 du Code du travail est critiquable car est insérée une disposition dont le champ d'application fait exception à celui des autres dans une même section. En effet, elle aurait pu laisser supposer que seules les entreprises d'au moins cinquante salariés soumises à l'obligation de négocier, c'est-à-dire dotées d'au moins une section syndicale d'organisation syndicale représentative, seraient visées par l'obligation de couverture.

401. Conséquences.- De plus, se pose la question de savoir si les entreprises de moins de cinquante salariés, dans lesquelles l'employeur doit tenir la négociation obligatoire puisque les conditions textuelle et fonctionnelle sont réunies⁴³⁰, entrent ou non dans le champ d'application de l'obligation de couverture. Une stricte lecture de l'article L. 2242-5-1 du Code du travail conduit à les exclure de celle-ci. De même, l'entreprise de moins de cinquante salariés soumise à l'obligation d'établir le rapport sur la situation économique prévu à l'article L. 2323-47 du même code, en raison de la constitution en son sein d'un comité d'entreprise, n'est pas assujettie au paiement de la pénalité financière en l'absence de plan d'action en faveur de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes : l'employeur est uniquement coupable d'un délit d'entrave au fonctionnement régulier du comité d'entreprise. La situation est toute autre dès lors que l'effectif est au moins égal à cinquante salariés.

II. Les autres entreprises entrant dans le champ d'application de la pénalité financière

402. Principe : toute entreprise d'au moins cinquante salariés.- Compte tenu de la rédaction du texte, et abstraction faite de sa place, malheureuse, dans le Code du travail, d'autres entreprises que celles qui sont soumises à la négociation obligatoire entrent dans le champ d'application de la pénalité financière lorsque leur effectif est d'au moins cinquante

⁴²⁹ Loi n°2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites, JO 10 novembre 2010.

⁴³⁰ Cf. Titre I, Chapitre I, Section 1, Sous-section 1.

salariés. En effet, l'administration a confirmé dans une circulaire du 28 octobre 2011⁴³¹, que « toutes les entreprises d'au moins cinquante salariés sont concernées, peu important qu'elles disposent ou non d'institutions représentatives du personnel ».

403. Précisions sur les entreprises d'au moins cinquante salariés pourvues d'un comité d'entreprise.- Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés dans lesquelles est constitué un comité d'entreprise, l'employeur doit, en fonction de l'effectif, élaborer le rapport sur la situation économique prévu à l'article L. 2323-47 du Code du travail pour les entreprises de moins de trois cents salariés ou le rapport sur la situation comparée des femmes et des hommes prévu à l'article L. 2323-57 du même code lorsque l'effectif est supérieur ou égal à trois cents salariés. Au sein de ces rapports, le plan d'action visé à l'article L. 2242-5-1 doit donc être établi. Il prends nécessairement la forme d'une décision unilatérale de l'employeur puisqu'il n'est pas possible, en la matière, d'avoir recours à la négociation en l'absence de délégués syndicaux. En effet, il ne s'agit pas de mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif comme le prévoient les articles L. 2232-21 et L. 2232-24 du Code du travail, l'exonération du paiement de la pénalité pouvant être obtenue grâce à une décision unilatérale.

404. Précisions sur les entreprises d'au moins cinquante salariés pourvues uniquement d'une délégation du personnel.- Aux termes de l'article L. 2313-13 du Code du travail, « en l'absence de comité d'entreprise, par suite d'une carence constatée aux élections, les attributions économiques de celui-ci, mentionnées à la section 1 du chapitre III du titre II, sont exercées temporairement par les délégués du personnel ». Or, la production par l'employeur, à destination du comité d'entreprise, des rapports prévus soit à l'article L. 2323-47 soit à l'article L. 2323-57 du Code du travail selon l'effectif, entre dans ses attributions économiques : en ce cas, les délégués du personnel sont informés et consultés sur ce rapport. Ainsi, en l'absence de plan d'action en faveur de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes qui doit figurer dans le rapport, l'employeur est redevable de la pénalité financière prévue à l'article L. 2242-5-1 du Code du travail.

405. Précisions sur les entreprises d'au moins cinquante salariés dépourvues d'institutions représentatives du personnel.- Lorsqu'il n'existe pas, au sein de l'entreprise d'au moins cinquante salariés, en raison d'une carence constatée aux élections, de

⁴³¹ Circulaire DGT/DGCS du 28 octobre 2011 relative au champ et aux conditions d'application de la pénalité financière prévue par l'article 99 de la loi n°2010-1330 portant réforme des retraites.

représentation du personnel, l'employeur n'est pas tenu d'élaborer l'un des deux rapports prévus aux articles L. 2323-47 et L. 2323-57 du Code du travail. Pour autant, afin de s'exonérer du paiement de la pénalité financière instituée par l'article L. 2242-5-1 du même code, il doit établir un plan d'action en faveur de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes : ici encore, il s'agit nécessairement d'une décision unilatérale. Toutefois, elle ne s'inscrit pas dans un rapport même si l'employeur peut s'en inspirer. Ainsi, le seuil de cinquante salariés revêt une grande importance en la matière puisque toute entreprise dont l'effectif est au moins égal à celui-ci entre dans le champ d'application de la pénalité financière.

III. Modalités d'appréciation de l'effectif

406. Plusieurs interrogations existent quant au calcul de l'effectif : elles apparaissent en raison du silence des textes sur ses modalités de calcul, mais également sur les difficultés d'appréhender le périmètre dans lequel il doit être évalué au regard des autres obligations de couverture.

407. Calcul de l'effectif.- Ni la loi du 9 novembre 2010⁴³², ni son décret d'application du 7 juillet 2011⁴³³ ne précisent la date à laquelle l'effectif de l'entreprise doit être apprécié afin de savoir si elle est assujettie à la pénalité financière. De même, ces textes sont muets quant aux modalités de calcul de l'effectif. Sur ce dernier point, on peut donc considérer que les dispositions de droit commun s'appliquent⁴³⁴. La circulaire du 28 octobre 2011⁴³⁵ confirme cette position : « l'effectif de l'entreprise est calculé conformément aux dispositions des articles L. 1111-2 et L. 1111-3 du Code du travail [...]. Pour une entreprise de travail temporaire, il est fait application des dispositions de l'article L. 1251-54 (du même code) ».

408. De plus, depuis le 1^{er} janvier 2012, toute entreprise dont l'effectif est supérieur ou égal à cinquante salariés est soumise à l'obligation d'être couverte par un plan d'action conventionnel ou unilatéral en faveur de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. En l'absence de dispositions particulières, toute entreprise qui franchit ce seuil en

⁴³² Loi n°2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites, JO 10 novembre 2010.

⁴³³ Décret n°2011-822 du 7 juillet 2011 relatif à la mise en œuvre des obligations des entreprises pour l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, JO 9 juillet 2011.

⁴³⁴ Calcul de l'effectif conformément aux articles L. 1111-2 et suivants du Code du travail.

⁴³⁵ Précitée, note 431.

cours d'année entre dans le champ d'application de la pénalité financière dès le franchissement, cela entraîne un certain nombre de difficultés pour les entreprises dont l'effectif est soumis à d'importantes variations d'un mois sur l'autre.

409. L'exclusion des unités économiques et sociales.- Contrairement à ce que l'on peut observer en matière d'emploi des salariés âgés⁴³⁶ ou de prévention de la pénibilité⁴³⁷, le seuil d'effectif n'est jamais apprécié au niveau des unités économiques et sociales. Celles-ci peuvent être classées en trois catégories. Lorsqu'elles sont constituées uniquement d'entreprises d'au moins cinquante salariés, il faudra négocier ou, à défaut, d'établir un plan d'action unilatéral, au niveau de chacune d'elles puisqu'elles entrent toutes dans le champ d'application de l'article L. 2242-5-1 du Code du travail. En revanche, quand l'unité économique et sociale est constituée à la fois d'entreprises d'au moins cinquante salariés et d'entreprises situées en dessous de ce seuil, les premières devront négocier ou, à défaut, établir un plan d'action unilatéral individuellement alors que les secondes n'entrent pas dans le champ d'application du dispositif. Enfin, lorsque l'unité économique et sociale est constituée uniquement d'entreprises de moins de cinquante salariés, le total dépassant ce seuil, elles sont toutes en dehors du champ d'application de la pénalité financière.

410. L'exclusion des groupes d'entreprises.- De même, en raison de l'absence de toute référence à la notion de groupe d'entreprises, il apparaît que le seul seuil d'effectif qui doit être pris en compte pour déterminer l'éventuelle application de l'article L. 2242-5-1 du Code du travail est celui de l'entreprise, et ce quel que soit l'effectif du groupe auquel elle appartient. En matière d'égalité professionnelle, il n'y a donc pas le mécanisme de « rattrapage » qui pouvait être caractérisé en matière d'emploi de salariés âgés notamment lorsque l'effectif du groupe avait pour effet d'assujettir des entreprises y appartenant qui ne l'auraient pas été sinon. De plus, la circulaire du 28 octobre 2011⁴³⁸ écarte l'exonération du paiement de la pénalité par un accord de groupe : « si l'accord de groupe emporte les mêmes effets que l'accord d'entreprise, la négociation de groupe n'a pas vocation à se substituer à la responsabilité de l'entreprise ». L'élaboration alternative d'un plan d'action unilatéral au niveau du groupe semble donc être écartée.

⁴³⁶ Cf. Titre I, Chapitre II, Section 1.

⁴³⁷ Cf. Titre I, Chapitre II, Section 3.

⁴³⁸ Circulaire DGT/DGCS du 28 octobre 2011 relative au champ et aux conditions d'application de la pénalité financière prévue par l'article 99 de la loi n°2010-1330 portant réforme des retraites.

§2. Caractère subsidiaire du plan d'action unilatéral

411. Aux termes de l'article L. 2242-5-1 du Code du travail, « les entreprises d'au moins cinquante salariés sont soumises à une pénalité à la charge de l'employeur lorsqu'elles ne sont pas couvertes par un accord relatif à l'égalité professionnelle [...] ou, à défaut d'accord, par les objectifs et les mesures constituant le plan d'action ». Il ressort de ce texte que le mode d'élaboration du plan d'action, conventionnel ou unilatéral, n'est pas alternatif : l'établissement d'un plan d'action par décision unilatérale de l'employeur revêt un caractère subsidiaire. Compte tenu de l'obligation de négocier en la matière, deux hypothèses doivent être envisagées : soit la négociation annuelle obligatoire est en cours (I), soit elle a eu lieu et a été fermée (II).

I. Hypothèse où la négociation annuelle obligatoire est en cours

412. Interdiction de prendre des décisions unilatérales.- Aux termes de l'article L. 2242-5 du Code du travail, la négociation sur les objectifs d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes est l'un des thèmes de la négociation annuelle obligatoire d'entreprise. Aussi, un employeur qui élaborerait un plan d'action unilatéralement et prendrait une décision en ce sens violerait cette obligation de négocier⁴³⁹. Il s'exposerait à une sanction pénale, sur le fondement de l'article L. 2243-2 du Code du travail, d'un an d'emprisonnement et de 3750 euros d'amende.

413. Le risque d'annulation du plan d'action.- De plus, à la lecture d'un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 29 juin 1994⁴⁴⁰, en tant que décision unilatérale de l'employeur prise au cours de la négociation obligatoire, elle pourrait être annulée par le juge. Dans une telle situation, l'entreprise ne serait plus exonérée du paiement de la pénalité et l'employeur s'en acquittera si un plan d'action conventionnel ou unilatéral n'est pas rapidement élaboré. Il faut déconseiller aux entreprises de mettre en place un plan d'action en faveur de l'égalité professionnelle au cours de la négociation annuelle obligatoire. L'articulation avec celle-ci peut aussi s'avérer difficile alors même qu'elle s'est achevée.

⁴³⁹ En effet, l'article L. 2242-3 du Code du travail interdit à l'employeur de prendre des décisions unilatérales sur les thèmes de la négociation obligatoire pendant toute la tenue de celle-ci.

⁴⁴⁰ Cass. Soc., 29 juin 1994, n°91-18.640, Bull. Civ. V, 1994, n°219.

II. Hypothèses où la négociation annuelle obligatoire s'est achevée

414. Le thème de l'égalité professionnelle y a été abordé.- Dans l'hypothèse où les partenaires sociaux auront abordé, dans la négociation annuelle obligatoire qui s'est achevée dernièrement, le thème de l'égalité professionnelle conformément à l'article L. 2242-5 du Code du travail, et qu'aucun accord n'aura été conclu sur ce point, l'employeur pourra mettre directement en place un plan d'action par voie de décision unilatérale. Quelques précautions s'imposent alors : la négociation obligatoire devra s'être achevée régulièrement⁴⁴¹ et il faudra être en mesure de prouver que le thème a bien donné lieu à des discussions ou a été écarté dès l'origine, les partenaires sociaux décidant de ne pas s'en saisir.

415. Le thème de l'égalité professionnelle n'y a pas été abordé.- En revanche, lorsqu'il sera difficile de prouver que ce thème a été écarté volontairement et avec l'accord des organisations syndicales ou qu'il n'a tout simplement pas été abordé, il convient de s'interroger sur l'obligation de négocier que semble créer l'article L. 2242-5-1 du Code du travail. En effet, il pourrait être nécessaire en ce cas d'ouvrir une négociation « *ad hoc* » pour éviter tout risque de délit d'entrave aux prérogatives des délégués syndicaux sanctionné à l'article L. 2146-1 du même code. En tant que telle, cette négociation ne serait pas encadrée par les règles de la négociation obligatoire mais par celles de la négociation libre : il ne serait pas nécessaire, en cas d'échec, d'établir un procès-verbal de désaccord⁴⁴². Une fois close, l'employeur pourrait, si besoin est, mettre en place le plan d'action par voie de décision unilatérale, son contenu étant toutefois réglementé.

Sous-section 2 – Objet de l'obligation de couverture relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes

416. Ni l'article L. 2242-5 ni l'article L. 2242-5-1 du Code du travail ne déterminent le contenu du plan d'action conventionnel ou unilatéral : ils en fixent uniquement l'objet. Une liste de thèmes de négociation figure cependant dans le premier de ces textes⁴⁴³. La négociation porte « notamment sur les conditions d'accès à l'emploi, à la formation professionnelle et à la promotion professionnelle, les conditions de travail et d'emploi et en particulier celles des salariés à temps partiel, et l'articulation entre la vie professionnelle et les

⁴⁴¹ Cf. infra.

⁴⁴² Cf. infra.

⁴⁴³ Cf. Titre I, Chapitre I, Section 2, Sous-section 1, §2, I.

responsabilités familiales » et également sur l'application de l'article L. 241-3-1 du Code de la Sécurité sociale. Un décret du 7 juillet 2011⁴⁴⁴ définit de façon plus précise les mentions qui doivent apparaître dans l'accord ou le plan d'action unilatéral (§1). Dans celles-ci, de nombreuses références sont faites aux articles L. 2323-47 et L. 2323-57 du Code du travail ce qui peut poser des problèmes d'articulation du dispositif avec les rapports établis à destination du comité d'entreprise en application de ces textes (§2).

§1. Contenu de l'accord ou du plan d'action en faveur de l'égalité professionnelle

417. A la lecture des articles L. 2242-5 et L. 2242-5-1 du Code du travail, tout accord conclu en matière d'égalité professionnelle, quel que soit son contenu, doit en principe permettre à l'employeur de s'exonérer du paiement de la pénalité financière. Cependant, le décret du 7 juillet 2011⁴⁴⁵ va au-delà des prescriptions de la loi du 9 novembre 2010⁴⁴⁶ en créant l'article R. 2242-2 qui prévoit que l'accord « fixe les objectifs de progression et les actions permettant de les atteindre portant sur au moins deux des domaines d'action mentionnés au troisième alinéa de l'article L. 2323-47 du Code du travail pour les entreprises de moins de trois cents salariés, et sur au moins trois des domaines d'action mentionnés au deuxième alinéa de l'article L. 2323-57 du Code du travail pour les entreprises de trois cents salariés et plus. Ces objectifs et ces actions sont accompagnés d'indicateurs chiffrés » (I). En respectant ce contenu, certains employeurs pourront rencontrer des difficultés au regard du principe de non-discrimination en raison du sexe (II).

I. Un contenu réglementaire

418. Les domaines d'action.- Afin de déterminer les domaines d'action sur lesquels doit porter la négociation, il convient de suivre les différents renvois pour constater qu'ils sont identiques dans les entreprises de moins de trois cents salariés⁴⁴⁷ et dans les entreprises dont l'effectif est supérieur à ce seuil⁴⁴⁸. Il s'agit, selon les termes même de la circulaire du 28 octobre 2011⁴⁴⁹ des « éléments clés à la source des inégalités professionnelles et salariales » : embauche, formation, promotion professionnelle, qualification, classification,

⁴⁴⁴ Décret n°2011-822 du 7 juillet 2011 relatif à la mise en œuvre des obligations des entreprises pour l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, JO 9 juillet 2011.

⁴⁴⁵ Précité, note 444.

⁴⁴⁶ Loi n°2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites, JO 10 novembre 2010.

⁴⁴⁷ Pour lesquelles le fondement est le troisième alinéa de l'article L. 2323-47 du Code du travail.

⁴⁴⁸ Pour lesquelles le fondement est le deuxième alinéa de l'article L. 2323-57 du Code du travail.

⁴⁴⁹ Circulaire DGT/DGCS du 28 octobre 2011 relative au champ et aux conditions d'application de la pénalité financière prévue par l'article 99 de la loi n°2010-1330 portant réforme des retraites.

conditions de travail, rémunération effective, et articulation entre l'activité professionnelle et l'exercice de la responsabilité familiale.

419. Objectifs de progression, actions et indicateurs chiffrés.- Aux termes de l'article R. 2242-2 les domaines d'actions doivent être accompagnés d'objectifs de progression, des actions permettant de les atteindre, le tout étant assorti d'indicateurs chiffrés afin d'assurer le suivi de leur réalisation. Contrairement au dispositif qui existe en matière d'emploi des salariés âgés⁴⁵⁰, l'objectif retenu pour chaque domaine d'action n'a pas à être chiffré. Il s'agira donc pour l'employeur de « mobiliser les leviers les plus pertinents pour répondre à la situation particulière de l'entreprise »⁴⁵¹ tout en respectant les exigences, qualifiées comme conditions de fond de la validité exonératoire du plan d'action conventionnel ou unilatéral, pour chacun des domaines d'action choisis.

II. L'écueil de la discrimination

420. Dans l'élaboration de l'accord ou du plan d'action unilatéral réside un véritable piège pour l'entreprise. En effet, les mesures doivent être déterminées en tenant compte du principe de non-discrimination et en particulier son aspect « égalité entre les femmes et les hommes⁴⁵² ». Un tel risque se présente dans l'hypothèse où une entreprise choisissant l'embauche comme domaine d'action se donnerait pour objectif d'avoir un effectif constitué à 50% de femmes. Un tel engagement pourrait prouver implicitement que l'entreprise, en s'engageant pour le futur, discriminait les femmes, ou que les hommes vont être discriminés à l'avenir dans les procédures de recrutement.

421. Une preuve de la discrimination ?.- Au regard des règles relatives à la preuve des discriminations dans l'entreprise, le salarié bénéficie d'un régime de preuve aménagé par l'article L. 1134-1 du Code du travail aux termes duquel « il appartient au salarié de présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte ». Une fois ces faits rapportés, c'est à l'employeur d'établir que « la disparité de situation constatée est justifiée par des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination ». Cette

⁴⁵⁰ Cf. Titre I, Chapitre II, Section 1.

⁴⁵¹ Circulaire du 28 octobre 2011, précitée, note 444.

⁴⁵² L'article L. 1132-1 du Code du travail prévoit qu'aucun « salarié ne peut être écarté d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation dans l'entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire directe ou indirecte [...] à raison de son sexe ».

disposition spéciale, qui déroge au droit commun en la matière⁴⁵³, impose seulement au salarié d'établir une différence de traitement significative⁴⁵⁴, renversant ainsi la charge de la preuve, l'employeur étant tenu de se justifier et d'apporter à l'appui de sa démonstration des éléments objectifs et matériellement vérifiables. De plus, la publicité des indicateurs chiffrés par le biais de l'accord lui-même s'avérerait dangereuse au regard d'un éventuel contentieux en matière de discrimination.

422. La problématique de la discrimination positive.- L'article L. 1142-4 du Code du travail prévoit « l'intervention de mesures temporaires prises au seul bénéfice des femmes visant à établir l'égalité des chances entre les femmes et les hommes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes ». L'employeur pourrait donc prendre des mesures de discrimination positive. Cependant, il est difficile de définir ce qu'il faut entendre par la locution « inégalités de fait » : une action définie constituera facilement une discrimination interdite fondée sur le sexe. De plus, prendre des mesures en faveur des femmes dans un domaine d'action conduit à reconnaître, implicitement, qu'elles sont discriminées dans celui-ci. Ainsi, il convient de proscrire tout objectif chiffré lorsque sa réalisation se traduira nécessairement par des mesures de discrimination positive. Enfin, ce concept est aussi critiquable en ce que seules les femmes peuvent voir leurs chances affectées par des inégalités de fait... Il existe pourtant des domaines d'activités où la main d'œuvre est fortement féminine. Ces difficultés seront cependant rencontrées moins régulièrement que celles qui existent en matière d'articulation avec un rapport remis annuellement au comité d'entreprise.

§2. Les difficultés d'articulation avec les rapports à destination du comité d'entreprise en la matière

423. A la seule lecture de la loi du 9 novembre 2010⁴⁵⁵, on pouvait imaginer que, dans l'hypothèse où un accord en faveur de l'égalité professionnelle aurait été conclu, l'employeur était dispensé d'établir un plan d'action. Cependant, le décret du 7 juillet 2011 a créé une confusion en modifiant l'article R. 2323-9 du Code du travail faisant désormais référence au « plan d'actions ». Auparavant, le plan pour l'égalité professionnelle institué à l'article L. 1143-1 du même code était nécessairement visé. Désormais, il semblerait que

⁴⁵³ Article 9 du Code de procédure civile.

⁴⁵⁴ Cass. Crim., 3 avril 2007, n°06-81.784, Bull. Crim., 2007, n°105.

⁴⁵⁵ Loi n°2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites, JO 10 novembre 2010.

l'entreprise couverte par un accord devra elle aussi établir un plan d'action qui sera intégré au rapport sur la situation économique de l'entreprise⁴⁵⁶ pour les entreprises de moins de trois cents salariés ou dans le rapport de situation comparée des conditions générales d'emploi et de formation des femmes et des hommes⁴⁵⁷ pour les entreprises de trois cents salariés et plus. Son contenu variera cependant en fonction de l'existence (II) ou non (I) d'un accord conforme aux prescriptions de l'article R. 2242-2 du Code du travail.

I. En l'absence d'accord collectif en faveur de l'égalité professionnelle

424. En l'absence d'accord collectif en faveur de l'égalité professionnelle, ne pouvant être exonéré du paiement de la pénalité financière au titre d'un tel accord, l'employeur doit prendre une décision unilatérale. Elle trouvera alors sa place dans le rapport sur la situation économique de l'entreprise⁴⁵⁸ ou le rapport de situation comparée des conditions générales d'emploi et de formation des femmes et des hommes⁴⁵⁹ remis au comité d'entreprise. Celui-ci doit respecter les « exigences de fond » du décret du 7 juillet 2011⁴⁶⁰, c'est-à-dire contenir deux ou trois domaines d'action⁴⁶¹ issus de la liste de l'article R. 2242-2 du Code du travail auxquels sont associés des objectifs de progression et les actions permettant de les atteindre assortis d'indicateurs chiffrés. Leur absence a pour effet de rendre l'entreprise redevable de la pénalité financière prévue à l'article L. 2242-5-1 du même code.

425. En outre, ces rapports annuels doivent contenir un certain nombre d'informations supplémentaires relatives à l'année écoulée, conformément aux articles R. 2323-9 et R. 2323-12 du Code du travail : une évaluation du niveau de réalisation des objectifs fixés l'année précédente sur la base des indicateurs retenus, un bilan des actions et des mesures prises cette même année et la justification de l'absence de réalisation de certaines actions prévues. Le rapport sur la situation économique ou le rapport de situation comparée doit, en outre, faire état des actions « permettant d'atteindre les objectifs chiffrés de manière qualitative et quantitative conformément à l'article conformément à l'article R. 2242-2 du Code du travail », de l'évaluation de leur coût et de l'échéancier des mesures prévues. Si certaines de ces informations venaient à manquer, l'employeur s'exposerait à des poursuites pénales pour délit d'entrave au fonctionnement régulier du comité d'entreprise.

⁴⁵⁶ Article L. 2323-47 du Code du travail.

⁴⁵⁷ Article L. 2323-57 du Code du travail.

⁴⁵⁸ Pour les entreprises de moins de trois cents salariés.

⁴⁵⁹ Pour les entreprises de trois cents salariés et plus.

⁴⁶⁰ Précité, note 444.

⁴⁶¹ En fonction de l'effectif.

II. En présence d'un accord collectif en faveur de l'égalité professionnelle

426. Dans l'hypothèse où un accord d'entreprise en faveur de l'égalité professionnelle serait signé, le rapport sur la situation économique dans une entreprise de moins de trois cents salariés, ou le rapport de situation comparée dans une entreprise de trois cents salariés et plus, pourra-t-il respecter uniquement les prescriptions des articles L. 2323-47 ou L. 2323-57 du Code du travail tels qu'ils ont été modifiés par la loi du 9 novembre 2010⁴⁶² sans nécessairement respecter toutes les exigences posées par l'article R. 2242-2 du même code ? Il n'en est rien puisque les articles R. 2323-9 et R. 2323-12 s'appliquent, que l'entreprise soit couverte ou non par un accord collectif sur ce thème.

427. Par conséquent, il est nécessaire de reprendre, dans le plan d'action inclus dans le rapport annuel remis au comité d'entreprise, l'intégralité ou presque des stipulations de l'accord qui permettent à l'employeur de ne pas être redevable de la pénalité financière prévue à l'article L. 2242-5-1 du Code du travail. Le comité d'entreprise aura été consulté sur cet accord avant sa conclusion, on peut donc s'interroger sur l'intérêt de cette seconde consultation⁴⁶³. Alors, l'employeur qui remettra un plan d'action incomplet au regard des articles R. 2323-9 et R. 2323-12 du Code du travail s'exposera, uniquement, à des poursuites pénales pour délit d'entrave au bon fonctionnement du comité d'entreprise puisqu'il est exonéré du paiement de la pénalité financière par l'accord collectif. Enfin, selon la circulaire du 28 octobre 2011⁴⁶⁴, les éléments inclus dans un accord collectif relatif à l'égalité professionnelle sont repris dans le rapport remis l'année suivante au comité d'entreprise : il y a donc un certain décalage dans le temps entre les actions adoptées et la consultation des représentants du personnel.

428. Si la loi du 9 novembre 2010⁴⁶⁵ a renforcé l'obligation de négocier en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes en créant une obligation de couverture sur ce thème, le législateur ne s'est pas limité à ce seul thème. En effet, un dispositif proche des deux premiers prévoit une pénalité financière pour les entreprises qui ne

⁴⁶² Loi n°2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites, JO 10 novembre 2010.

⁴⁶³ Il faut peut être le chercher dans le plus grand nombre d'informations dont bénéficiera le comité d'entreprise dans le rapport annuel : il est plus complet que l'accord collectif.

⁴⁶⁴ Circulaire DGT/DGCS du 28 octobre 2011 relative au champ et aux conditions d'application de la pénalité financière prévue par l'article 99 de la loi n°2010-1330 portant réforme des retraites.

⁴⁶⁵ Précitée, note 462.

sont pas couvertes par un accord ou un plan d'action relatif à la prévention de la pénibilité, thème s'inscrivant bien plus que le précédent dans l'objet de cette loi, la réforme des retraites.

Section 3 – La prévention de la pénibilité

429. Aux termes de l'article 77 de la loi du 9 novembre 2010⁴⁶⁶ portant réforme des retraites, une section⁴⁶⁷ sur les accords en faveur de la prévention de la pénibilité a été insérée dans le Code de la Sécurité sociale à la suite des dispositions sur les accords en faveur de l'emploi des salariés âgés. Comme le relevait le rapporteur de la commission des affaires sociales du Sénat⁴⁶⁸, ce dispositif « vise à inciter les entreprises à développer une politique de prévention de la pénibilité au travail, sous peine d'être soumises à une pénalité financière. Il s'inspire du dispositif institué par l'article 87 de la loi n°2008-1330 de financement de la Sécurité sociale pour 2009⁴⁶⁹, destiné à encourager le maintien des seniors dans l'emploi ». A la lecture des textes, il apparaît que cette inspiration n'est que partielle. En effet, cette nouvelle obligation de couverture n'a pas le même champ d'application (sous-section 1), cette singularité découle peut être de son objet (sous-section 2).

Sous-section 1 – Obligation de couverture relative à la prévention de la pénibilité et entreprises assujetties

430. L'article L. 138-29 du Code de la Sécurité sociale institue une pénalité financière à la charge des entreprises d'au moins cinquante salariés, ou appartenant à un groupe d'au moins cinquante salariés, employant une proportion minimale de salariés exposés aux facteurs de risques professionnels mentionnées à l'article L. 4121-3-1 du Code du travail lorsqu'elles ne sont pas couvertes par un accord ou un plan d'action relatif à la prévention de la pénibilité. Si le champ d'application de cette obligation de couverture (§1) est bien spécifique en ce que deux critères sont retenus, les conditions dans lesquelles l'employeur peut s'exonérer de la pénalité sont, elles, plus classiques (§2).

⁴⁶⁶ Précitée, note 462.

⁴⁶⁷ Articles L. 138-29 à L. 138-31 du Code de la Sécurité sociale.

⁴⁶⁸ Rapport n°733 (2009-2010) de M. Dominique Leclerc, fait au nom de la commission des affaires sociales, déposé le 29 septembre 2010.

⁴⁶⁹ Loi n°2008-1330 du 17 décembre 2008 de financement de la Sécurité sociale pour 2009, JO 18 décembre 2008.

§1. Champ d'application de l'obligation de couverture relative à la prévention de la pénibilité

431. Aux termes de l'article L. 138-29 du Code de la Sécurité sociale, l'appartenance au champ d'application de l'obligation de couverture répond à deux conditions cumulatives : être l'une des entités visées (I) par ce texte, et employer une proportion minimale de salariés exposés aux risques professionnels mentionnés à l'article L. 4121-3-1 du Code du travail (III). De plus, les modalités de calcul de l'effectif ont, dans la détermination des seuils d'effectif et de la proportion de salariés exposés, une grande importance (II).

I. Entités concernées

432. Entreprises.- Comme en matière d'emploi des salariés âgés ou d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, le seuil de cinquante salariés a ici encore été retenu. En effet, l'article L. 138-29 du Code de la Sécurité sociale prévoit qu'entrent dans le champ d'application de la pénalité toutes les entreprises dont l'effectif comprend au moins cinquante salariés. Ainsi, celles dont l'effectif est inférieur à ce seuil en sont, en principe, exclues.

433. Groupes d'entreprises.- Toutes les entreprises appartenant à un groupe, au sens de l'article L. 2331-1 du Code du travail, dont l'effectif est supérieur à cinquante salariés entrent dans le champ d'application du dispositif. Il convient ici de se référer à la notion de groupe retenue pour apprécier l'obligation de créer un comité de groupe⁴⁷⁰. L'ensemble des entreprises constituant le groupe sont assujetties à la pénalité dès lors que l'effectif global de celui-ci, en France, est d'au moins cinquante salariés. Il importe donc peu que l'effectif de l'entreprise elle-même soit inférieur à cinquante salariés.

434. En revanche, sont exclus du champ d'application de l'obligation de couverture relative à la prévention de la pénibilité les groupes constitués d'une société dominante ayant son siège social à l'étranger et contrôlant des entreprises situées sur le territoire français dont les effectifs sont, pour chacune, inférieurs à cinquante salariés ou les groupes constitués d'une entreprise dominante de moins de cinquante salariés située sur le territoire français et ne contrôlant que des entreprises situées à l'étranger. L'entreprise située en France, dès lors qu'elle a un effectif d'au moins cinquante salariés, est assujettie au paiement de la pénalité si

⁴⁷⁰ Cf. Titre I, Chapitre I, Section 1, Sous-section 2, §2, II.

elle n'est pas couverte par un accord ou un plan d'action en faveur de la prévention de la pénibilité, peu important qu'elle appartienne à un groupe dont l'entreprise dominante a son siège social à l'étranger ou qu'elle ne contrôle que des sociétés situées à l'étranger.

435. Unités économiques et sociales.- En principe, les unités économiques et sociales n'entrent pas dans le champ d'application financière puisque ni la loi, ni son décret d'application n'y font référence. Cependant, une circulaire du 28 octobre 2011⁴⁷¹ pose le principe de leur assujettissement, par analogie au raisonnement tenu pour les groupes. Plusieurs situations peuvent se présenter en pratique. Si l'unité économique et sociale est exclusivement composée d'entreprises d'au moins cinquante salariés, chacune d'elle, en tant que telle, entre dans le champ d'application de la pénalité : l'existence de l'unité économique et sociale ne devrait pas entrer en ligne de compte. En revanche, si l'unité économique et sociale est composée d'entreprises dont les effectifs sont, pour certaines, de moins de cinquante salariés, et pour d'autres, de cinquante salariés et plus, à la lecture de l'article L. 138-29 du Code de la Sécurité sociale, seules ces dernières entrent dans le champ d'application de la pénalité : les entreprises dont l'effectif est inférieur à cinquante salariés en sont exclues.

436. Toutefois, l'administration considère⁴⁷² que ces entreprises, dont l'effectif est pourtant inférieur à cinquante salariés, entrent dans le champ d'application de la pénalité du fait de leur appartenance à l'unité économique et sociale. Cette extension du champ d'application est d'autant plus critiquable lorsque les entreprises composant l'unité économique et sociale ont toutes un effectif inférieur à cinquante salariés mais que l'effectif global est supérieur à ce seuil. L'analogie que fait ici l'administration entre la notion d'unité économique et sociale et la notion de groupe est discutable à plusieurs titres. D'abord, ces deux concepts sont bien distincts et ne peuvent ni ne doivent être confondus. Ensuite, la position tenue en matière de prévention de la pénibilité diffère radicalement de celle qui existe pour l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes alors même que ces deux dispositifs sont issus de la même loi... Peut-être faut-il chercher les raisons de cette différence de traitement dans les thèmes mêmes qui sont abordés : il semble cependant difficile de concevoir, compte tenu des sujets concernés, que l'un d'eux soit considéré comme prioritaire.

⁴⁷¹ Circulaire DGT n°08 du 28 octobre 2011 relative aux accords et plans d'action en faveur de la prévention de la pénibilité prévus à l'article L. 138-29 du Code de la Sécurité sociale.

⁴⁷² Circulaire DGT n°08 du 28 octobre 2011, précitée, note 471.

II. Modalités de calcul de l'effectif

437. Date d'appréciation.- Conformément à l'article D. 138-26 du Code de la Sécurité sociale, les seuils d'effectifs fixés par la loi s'apprécient dans les conditions prévues à l'article D. 138-25 du même code, c'est-à-dire tous établissements confondus une fois par an. Ce dernier texte a déjà été abordé⁴⁷³ puisqu'il porte sur l'appréciation des effectifs pour l'application des dispositions relatives aux accords et plans d'action en faveur de l'emploi des salariés âgés. L'effectif est donc apprécié le 31 décembre pour tous les établissements confondus, en fonction de la moyenne, au cours de l'année civile écoulée, des effectifs de chaque mois. La détermination des effectifs de chaque mois se fait en prenant en compte les salariés titulaires d'un contrat de travail, le dernier jour du mois considéré, y compris les salariés absents, conformément aux règles posées par les articles L. 1111-2 et L. 1111-3 du Code du travail. Les salariés quittant l'entreprise au cours du mois écoulé ne sont donc pas pris en compte.

438. Tolérance administrative, disposition transitoire?.- La circulaire DGT n°08 du 28 octobre 2011 prévoit que les effectifs de l'année 2010, et non ceux de 2011, sont pris en compte pour déterminer l'assujettissement à la pénalité et la nécessité d'établir un plan d'action conventionnel ou unilatéral au 1^{er} janvier 2012. Les entreprises pourraient ainsi choisir de prendre en compte l'année 2010 ou l'année 2011 pour apprécier leur éventuel assujettissement à la pénalité financière. Cette disposition, qui peut être qualifiée de transitoire, n'aura probablement pas vocation à s'appliquer postérieurement. On peut ici souligner une difficulté d'application du dispositif : en cas de franchissement de seuil, le 31 décembre, l'entreprise n'entre pas dans le champ d'application de la pénalité financière alors que dès le lendemain, le 1^{er} janvier, elle doit être couverte par un accord ou un plan d'action unilatéral en faveur de la prévention de la pénibilité.

439. Franchissement de seuils.- Compte tenu du renvoi fait à l'article D. 138-25 du Code de la Sécurité sociale par l'article D. 138-26 du même code, il est possible de se référer à la circulaire du 9 juillet 2009⁴⁷⁴ pour identifier les conséquences d'un franchissement de seuil en matière de prévention de la pénibilité. Selon cette circulaire, une entreprise qui franchit le seuil de cinquante salariés au cours d'une année n'entre dans le champ

⁴⁷³ Titre I, Chapitre II, Section 1, Sous-section 1, §2.

⁴⁷⁴ Circulaire DGEFP-DGT-DSS n°2009-31 du 9 juillet 2009 relative aux accords et aux plans d'action en faveur de l'emploi des salariés âgés prévus par l'article 87 de la loi n°2008-1330 de financement de la Sécurité sociale pour 2009.

d'application de la pénalité qu'au titre de l'année suivante : l'effectif n'est apprécié qu'au 31 décembre. De même, aux termes de l'article D. 138-25 du Code de la Sécurité sociale, pour les entreprises qui se créent en cours d'année, l'appréciation de l'effectif se fait à partir de la date de leur création. Pour l'année suivante, l'appréciation de l'effectif se fait au 31 décembre de l'année de leur création, en fonction de la moyenne des effectifs de chacun des mois d'existence de leur première année. Ces modalités de calcul de l'effectif seront retenues pour définir la proportion minimale de salariés exposés aux facteurs de risques.

III. Proportion minimale de salariés exposés aux facteurs de risques professionnels

440. Pourcentage de salariés conditionnant l'assujettissement.- L'article L. 138-29 du Code de la Sécurité sociale prévoit l'assujettissement des entreprises employant plus de cinquante salariés dont une proportion minimale fixée par décret est exposée aux facteurs de risques professionnels. Un décret du 7 juillet 2011⁴⁷⁵ a inséré dans le Code de la Sécurité sociale un article D. 138-26 aux termes duquel la proportion de salariés exposés aux facteurs de risque professionnels est fixée à 50%.

441. Périmètre d'évaluation.- Aux termes de l'article L. 138-29 du Code de la Sécurité sociale, la proportion de salariés exposés aux facteurs de risques professionnels ne s'évalue qu'au niveau de l'entreprise : elle ne peut l'être ni au sein du groupe ni au sein de l'établissement. Il faudra donc additionner le nombre de salariés exposés aux facteurs de risques professionnels mentionnés à l'article L. 4121-3-1 du Code du travail dans chaque établissement de l'entreprise au 1^{er} janvier de chaque année, puis rapporter ce nombre à l'effectif total. Les modalités de calcul de l'effectif à prendre en compte pour définir la proportion de salariés exposés aux facteurs de risques sont donc les mêmes que celles servant à déterminer si l'entreprise entre dans le champ d'application de la pénalité financière : les salariés temporaires et les travailleurs des entreprises extérieures devront être pris en compte comme le conseille la circulaire du 28 octobre 2011⁴⁷⁶.

442. Facteurs de risques professionnels.- Aux termes de l'article L. 4121-3-1 du Code du travail, les facteurs de risques qui doivent être pris en compte peuvent être classés en trois catégories : les contraintes physiques marquées, un environnement physique agressif et

⁴⁷⁵ Décret n°2011-824 du 7 juillet 2011 relatif aux accords conclus en faveur de la prévention de la pénibilité, JO 9 juillet 2011.

⁴⁷⁶ Circulaire DGT n°08 du 28 octobre 2011 relative aux accords et plans d'action en faveur de la prévention de la pénibilité prévus à l'article L. 138-29 du Code de la Sécurité sociale.

certaines rythmes de travail. Un décret du 30 mars 2011⁴⁷⁷ a précisé et énuméré limitativement les facteurs de risques professionnels liés à ces catégories, insérés à l'article D. 4121-5 du Code du travail⁴⁷⁸ : dix facteurs de pénibilité sont identifiables. De nombreuses entreprises seront assujetties en raison du grand nombre de salariés qui, en leur sein, travaillent de nuit ou en équipes. En effet, il s'agit de risques professionnels au titre de certains rythmes de travail qui doivent être retenus pour l'appréciation de la proportion de salariés exposés. Pour ceux-ci, il n'est pas possible de déterminer un seuil d'intensité à compter duquel le risque est caractérisé : le seul fait de travailler selon ces modalités est suffisant.

443. Obligation pesant sur l'employeur.- L'article R. 138-32 du Code de la Sécurité sociale prévoit que l'employeur comptabilise la proportion de salariés exposés aux facteurs de risques professionnels. Ainsi, les institutions représentatives du personnel, et en particulier le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, peuvent être associés à cette comptabilisation mais elles ne peuvent imposer à l'employeur leur participation⁴⁷⁹ : elles ont cependant un rôle à jouer dans la démarche de prévention. Toutefois, la proportion de salariés est une information administrative dont l'objet est de déterminer l'assujettissement de l'entreprise à l'obligation d'établir un plan d'action conventionnel ou unilatéral en faveur de la prévention de la pénibilité. Elle est consignée par l'employeur en annexe du document unique de chaque établissement conformément à l'article R. 138-32 du Code de la Sécurité sociale. On peut noter ici qu'en certains cas, cette proportion ne reflètera pas du tout le nombre de salariés exposés dans l'établissement puisqu'elle est déterminée au niveau de

⁴⁷⁷ Décret n°2011-354 du 30 mars 2011 relatif à la définition des facteurs de risques professionnels, JO 31 mars 2011.

⁴⁷⁸ Article D. 4121-5 du Code du travail :

« Les facteurs de risques mentionnés à l'article L. 4121-3-1 sont :

1° Au titre des contraintes physiques marquées :

a) Les manutentions manuelles de charges définies à l'article R. 4541-2 ;
b) Les postures pénibles définies comme positions forcées des articulations ;
c) Les vibrations mécaniques mentionnées à l'article R. 4441-1 ;

2° Au titre de l'environnement physique agressif :

a) Les agents chimiques dangereux mentionnés aux articles R. 4412-3 et R. 4412-60, y compris les poussières et les fumées ;
b) Les activités exercées en milieu hyperbare définies à l'article R. 4461-1 ;
c) Les températures extrêmes ;
d) Le bruit mentionné à l'article R. 4431-1 ;

3° Au titre de certains rythmes de travail :

a) Le travail de nuit dans les conditions fixées aux articles L. 3122-29 à L. 3122-31 ;
b) Le travail en équipes successives alternantes ;

c) Le travail répétitif caractérisé par la répétition d'un même geste, à une cadence contrainte, imposée ou non par le déplacement automatique d'une pièce ou par la rémunération à la pièce, avec un temps de cycle défini ».

⁴⁷⁹ La circulaire du 28 octobre 2011, précitée, note 476, précise bien que « c'est à l'employeur seul de déterminer la proportion de salariés exposés ».

l'entreprise. En effet, c'est au sein de celle-ci que sera conclu un accord ou établi un plan d'action lui permettant de s'exonérer du paiement de la pénalité.

§2. Conditions d'exonération du paiement de la pénalité financière prévue à l'article L. 138-29 du Code de la Sécurité sociale

444. Une entreprise dont l'effectif est supérieur à cinquante salariés et dont plus de 50% des salariés sont exposés à des facteurs de risques professionnels doit, pour s'exonérer du paiement de la pénalité financière, être couverte par un accord collectif ou un plan d'action relatif à la prévention de la pénibilité. Si, en matière d'emploi des salariés âgés et d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, l'employeur ne peut établir ce plan d'action par décision unilatérale sans négocier au préalable, il en va autrement en matière de prévention de la pénibilité (I) : une norme collective doit couvrir l'entreprise (II).

I. Le caractère alternatif de la décision unilatérale

445. Interprétation administrative de l'article L. 138-31 du Code de la Sécurité sociale.- Il convient de déterminer si l'employeur doit nécessairement négocier avec les organisations syndicales représentatives, comme c'est le cas pour les obligations de couverture portant sur l'emploi des salariés âgés⁴⁸⁰ ou sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes⁴⁸¹, avant de mettre en place un plan d'action par décision unilatérale. Aux termes du premier alinéa de l'article L. 138-31 du Code de la Sécurité sociale, « les entreprises mentionnées au premier alinéa de l'article L. 138-29 ne sont pas soumises à la pénalité lorsque, en l'absence d'accord d'entreprise ou de groupe, elles ont élaboré, après avis du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, un plan d'action établi au niveau de l'entreprise ou du groupe relatif à la prévention de la pénibilité dont le contenu est conforme à celui mentionné à l'article L. 138-30 ».

446. L'administration, dans la circulaire du 28 octobre 2011⁴⁸² considère que « l'employeur a le choix soit de négocier un accord soit de réaliser un plan d'action [unilatéral] ». Cette interprétation prête à discussions. En effet, l'article L. 138-31 du Code de la Sécurité sociale est rédigé en des termes identiques à ceux de l'article L. 138-26 du même

⁴⁸⁰ Cf. Titre I, Chapitre II, Section 1, Sous-section 1, §1, II.

⁴⁸¹ Cf. Titre I, Chapitre II, Section 2, Sous-section 1, §2.

⁴⁸² Circulaire DGT n°08 du 28 octobre 2011 relative aux accords et plans d'action en faveur de la prévention de la pénibilité prévus à l'article L. 138-29 du Code de la Sécurité sociale.

code portant sur le plan d'action unilatéral en matière d'emploi des salariés âgés. Or, dans la circulaire du 9 juillet 2009 relative aux accords et plans d'actions en faveur de l'emploi des salariés âgés⁴⁸³, l'administration semblait retenir une hiérarchie entre accord de branche, accord d'entreprise ou de groupe et décision unilatérale. Ce texte permet de distinguer les dispositions relatives aux obligations des entreprises en matière de prévention de la pénibilité de celles qui concernent l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, d'une part, et l'emploi des salariés âgés d'autre part.

447. Absence d'obligation de négocier en matière de prévention de la pénibilité.- En effet, l'article L. 2242-5 du Code du travail fait obligation aux entreprises assujetties à la négociation obligatoire de négocier chaque année sur les objectifs d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes⁴⁸⁴. De même, aux termes de l'article L. 2242-19 du même code, les entreprises de trois cents salariés et plus doivent négocier, tous les trois ans, sur les conditions de retour et de maintien dans l'emploi des salariés âgés⁴⁸⁵. Or, l'article L. 2243-2 du Code du travail sanctionne pénalement le fait de se soustraire aux obligations, notamment, prévues aux articles L. 2242-5 et L. 2242-19 du même code. En revanche, aucune disposition légale ne contraint les entreprises à négocier sur la prévention de la pénibilité : une telle obligation n'existe qu'au niveau de la branche où la négociation doit s'engager tous les trois ans sur l'anticipation des carrières professionnelles et la formation professionnelle et sur la prise en compte de la pénibilité du travail en application de l'article L. 2241-4 du Code du travail.

448. Caractère alternatif relatif ?.- Ainsi, l'employeur qui établirait un plan d'action relatif à la prévention de la pénibilité par décision unilatérale sans avoir engagé au préalable de négociation sur ce thème avec les délégués syndicaux présents dans son entreprise, ne devrait pas, en l'absence de texte, s'exposer à des poursuites pour délit d'entrave aux fonctions de ces derniers, ni encourir de sanction pénale de ce fait. Le plan d'action unilatéral constitue une alternative à la conclusion d'un accord et ne revêt donc pas un caractère subsidiaire. Toutefois, en présence de délégués syndicaux, l'employeur peut, par prudence, engager une négociation préalablement à l'élaboration d'un plan d'action unilatéral en faveur de la prévention de la pénibilité. Il ne s'agit pas d'une négociation soumise aux

⁴⁸³ Circulaire DGEFP-DGT-DSS n°2009-31 du 9 juillet 2009 relative aux accords et aux plans d'action en faveur de l'emploi des salariés âgés prévus par l'article 87 de la loi n°2008-1330 de financement de la Sécurité sociale pour 2009.

⁴⁸⁴ Cf. Titre I, Chapitre I, Section 2, Sous-section 1, §2, I.

⁴⁸⁵ Cf. Titre I, Chapitre I, Section 2, Sous-section 2, §2, III.

dispositions des articles L. 2242-2 et suivants du Code du travail, elle est « libre » et ne nécessite pas de procès-verbal de désaccord pour qu'il y soit mis fin. Cette solution de prudence tendrait à garantir un bon dialogue social dans l'entreprise en ce que l'employeur démontrerait alors qu'il préfère la voie de la négociation collective, même lorsqu'il peut élaborer directement une décision unilatérale.

II. L'exonération de l'employeur du paiement de la pénalité par l'existence d'une norme collective

449. Accord collectif d'entreprise.- Aux termes des articles L. 138-29 et L. 138-30 du Code de la Sécurité sociale, un accord d'entreprise portant sur la prévention de la pénibilité permet aux entreprises entrant dans le champ d'application de la pénalité de s'exonérer du paiement de celle-ci. Dans le cas des entreprises pluri-établissements, s'agissant d'un thème qui n'entre pas dans le champ de la négociation obligatoire d'entreprise, on pourrait envisager que l'accord soit élaboré au niveau de chacun de ces établissements. Cependant, les textes ne font pas mention de cette possibilité : il est donc déconseillé de passer par cette voie. De plus, au regard de l'assujettissement à la pénalité financière, c'est l'entreprise dans son ensemble qui doit être couverte par un accord ou un plan d'action, et c'est à son niveau que les différents seuils – effectif et proportion de salariés exposés aux facteurs de risques professionnels – sont appréciés. En conséquence, si un seul établissement ne remplissait pas son obligation, l'entreprise serait redevable de la pénalité financière dans son ensemble.

450. Accord collectif de groupe.- L'article L. 138-30 du Code de la Sécurité sociale prévoit expressément la possibilité de conclure un accord en faveur de la prévention de la pénibilité au niveau du groupe. Celui-ci permet d'exonérer les entreprises, entrant dans son champ d'application, du paiement de la pénalité financière. La circulaire du 28 octobre 2011⁴⁸⁶ précise que cet accord peut se présenter sous deux formes : soit, il sera d'application directe au sein de chaque entreprise du groupe concernée par la pénibilité, sans formalités particulières, soit, ce sera un accord cadre définissant des objectifs qui seront repris par les différentes entreprises concernées par la pénibilité, dans des accords ou plans d'actions élaborés à leur niveau pour tenir compte des spécificités locales.

⁴⁸⁶ Circulaire DGT n°08 du 28 octobre 2011 relative aux accords et plans d'action en faveur de la prévention de la pénibilité prévus à l'article L. 138-29 du Code de la Sécurité sociale.

451. Accord collectif d'unité économique et sociale ?.- De plus, dans cette même circulaire, l'administration procède à une analogie hasardeuse entre l'accord de groupe et l'accord d'unité économique et sociale. En effet, rien dans les textes législatifs et réglementaires ne prévoit la possibilité de conclure un accord d'unité économique et sociale pour exonérer les entreprises qui la composent du paiement de la pénalité financière. Toutefois, l'unité économique et sociale ne disposant pas de la personnalité morale, elle ne peut pas, en principe, être partie à un accord collectif. Or, si le législateur a prévu la possibilité de conclure des accords au niveau des groupes de sociétés⁴⁸⁷, qui n'ont pas la personnalité morale eux non plus, rien de tel n'existe en matière d'unité économique et sociale. Ici encore, on peut s'interroger sur l'existence d'une négociation collective au sein de ces entités.

452. Décision unilatérale de l'employeur.- Conformément à l'article L. 138-31 du Code de la Sécurité sociale, un plan d'action en faveur de la prévention de la pénibilité peut être établi par décision unilatérale de l'employeur : il permettra à celui-ci de s'exonérer du paiement de la pénalité financière. En principe, elle devra être prise au niveau de l'entreprise, et il faut déconseiller⁴⁸⁸ son élaboration au sein des établissements ou des unités économiques et sociales. De même, si l'article L. 138-31 du Code de la Sécurité sociale évoque la possibilité de mettre en place le plan d'action au niveau du groupe, on peut en douter. En effet, le groupe n'étant pas doté de la personnalité morale, la décision prise par le dirigeant de la société dominante ne peut s'imposer en tant que telle aux autres entreprises qui le compose. La décision unilatérale ne pourra valoir plan d'action pour celles-ci que si elle est reprise au sein de chacune d'elles : le plan d'action de groupe ne peut alors qu'être un cadre.

453. Accord de branche étendu.- Le second alinéa de l'article L. 138-31 du Code de la Sécurité sociale permet aux entreprises de s'exonérer du paiement de la pénalité lorsqu'il existe, au sein de la branche professionnelle à laquelle elles appartiennent, un accord étendu. Toutes les entreprises ne peuvent cependant pas en bénéficier : seules celles dont l'effectif est inférieur à trois cents salariés sont concernées. L'administration⁴⁸⁹ a considéré que deux accords de branche étaient des accords de prévention de la pénibilité⁴⁹⁰. Cependant,

⁴⁸⁷ Articles L. 2232-30 et suivants du Code du travail.

⁴⁸⁸ Pour les raisons vues dans les paragraphes précédents.

⁴⁸⁹ Sur le site www.travailler-mieux.gouv.fr

⁴⁹⁰ L'accord sur l'emploi des salariés âgés dans la Métallurgie, signé le 4 décembre 2009, étendu le 18 mars 2010 et arrivant à échéance le 31 décembre 2012 ; et l'accord pour la prévention et la réduction de la pénibilité dans les entreprises de transport de déménagement dans les Transports routiers et les activités auxiliaires du transport, signé le 3 novembre 2010 dont l'extension est en cours.

ces accords ont une durée déterminée de trois ans : à leur terme, dans l'hypothèse d'un échec de leur renégociation, les entreprises qui entrent dans leur champ d'application seront assujetties à la pénalité dans le cas où elles n'auraient pas de plan d'action conventionnel ou unilatéral. La révision de ces accords peut s'avérer d'autant plus complexe que leur contenu est désormais strictement réglementé.

Sous-section 2 – Contenu de l'accord ou du plan d'action en faveur de la prévention de la pénibilité

454. Deux décrets du 7 juillet 2011⁴⁹¹ insèrent dans le Code de la Sécurité sociale des dispositions relatives aux accords et plans d'action en faveur de la prévention de la pénibilité et à la pénalité dont devront s'acquitter les entreprises qui ne sont pas couvertes par une telle norme collective. Cette couverture peut être invalidée par l'administration du travail lorsque l'accord ou le plan d'action ne contient pas un certain nombre d'éléments parmi lesquels un diagnostic préalable, des thèmes obligatoires auxquels des mesures, des objectifs chiffrés et des indicateurs de suivi sont associés : ces mentions réglementaires résultent du décret n°2011-824 du 7 juillet 2011⁴⁹² et figurent aux articles D. 138-26 et suivants du Code de la Sécurité sociale.

455. Diagnostic préalable.- L'article D. 138-28 du Code de la Sécurité sociale⁴⁹³, prévoit que « l'accord ou le plan d'action [...] repose sur un diagnostic préalable des situations de pénibilité ». Ainsi, avant d'entamer la négociation de l'accord collectif ou l'élaboration du plan d'action, l'entreprise devra avoir recensé les situations de pénibilité présentes dans l'entreprise. Après avoir apprécié la situation de l'entreprise au regard de la proportion de salariés exposés à des facteurs de pénibilité, l'employeur devra donc engager une réflexion générale sur la démarche de prévention de la pénibilité pour cerner les axes de progrès possibles et définir les actions prioritaires. Une priorité d'action pourra alors être définie. Il faut alors s'interroger sur une éventuelle association des institutions représentatives du personnel à l'élaboration du diagnostic : les textes n'y faisant pas allusion, on peut supposer qu'il relève uniquement de la responsabilité de l'employeur, l'obligation de prévention reposant sur lui.

⁴⁹¹ Décret n°2011-824 du 7 juillet 2011 relatif aux accords conclus en faveur de la prévention de la pénibilité, JO 9 juillet 2011, JO 9 juillet 2011,

Décret n°2011-823 du 7 juillet 2011 relatif à la pénalité pour défaut d'accord ou de plan d'action relatif à la prévention de la pénibilité mentionnée à l'article L. 138-29 du Code de la Sécurité sociale, JO 9 juillet 2011.

⁴⁹² Précité, note 491.

⁴⁹³ Tel qu'issu du Décret n°2011-824, précité, note 491.

456. Thèmes obligatoires.- Aux termes de l'article D. 138-27 du Code de la Sécurité sociale, l'accord collectif ou le plan d'action en faveur de la prévention de la pénibilité doit porter sur un certain nombre de thèmes⁴⁹⁴. Trois d'entre eux sont nécessairement traités : il s'agit, d'après la circulaire du 28 octobre 2011⁴⁹⁵, de préserver la santé des travailleurs tout au long de leur parcours professionnel. La finalité de l'accord ou du plan d'action est de supprimer ou de réduire l'exposition aux facteurs de pénibilité : il faut donc rechercher les progrès pouvant être faits dans l'entreprise en matière de prévention de la pénibilité et mettre en place des actions pour y parvenir.

457. Mesures de prévention, objectifs chiffrés et indicateurs.- En application de l'article D. 138-28 du Code de la Sécurité sociale, « l'accord ou le plan d'action [...] prévoit les mesures de prévention qui découlent [du diagnostic] » et « chaque thème retenu dans l'accord ou le plan d'action est assorti d'objectifs chiffrés dont la réalisation est mesurée au moyen d'indicateurs ». L'employeur met donc en œuvre les moyens suffisants et les plus adaptés afin de réduire la pénibilité dans l'entreprise. Lorsque des mesures existent déjà, il conviendra de vérifier que, techniquement, il n'est pas possible de faire mieux. La prévention de la pénibilité étant un processus continu et non ponctuel, la définition d'indicateurs de suivi permet d'évaluer les résultats des actions de prévention mises en œuvre. En matière de santé au travail, il existe des indicateurs pouvant être repris. La circulaire du 28 octobre 2011⁴⁹⁶ donne un certain nombre d'exemples pour chaque thème, chacun d'eux devant être assorti d'au moins un objectif chiffré.

458. Modalités de suivi.- Aux termes du premier alinéa de l'article D. 138-28 du Code de la Sécurité sociale, des modalités de suivi de la mise en œuvre effective des mesures de prévention choisies doivent être définies. Le décret du 7 juillet 2011⁴⁹⁷ laisse donc aux partenaires sociaux une certaine liberté quant aux modalités de suivi de la mise en œuvre du

⁴⁹⁴ « 1° Au moins l'un des thèmes suivants :

- a) la réduction des polyexpositions aux facteurs mentionnés à l'article D. 4121-5 du Code du travail ;
- b) l'adaptation et l'aménagement du poste de travail ;

2° En outre, d'au moins deux des thèmes suivants :

- a) l'amélioration des conditions de travail, notamment au plan organisationnel ;
- b) le développement des compétences et des qualifications ;
- c) l'aménagement des fins de carrière ;
- d) le maintien en activité des salariés exposés aux facteurs mentionnés à l'article D. 4121-5 du Code du travail ».

⁴⁹⁵ Circulaire DGT n°08 du 28 octobre 2011 relative aux accords et plans d'action en faveur de la prévention de la pénibilité prévus à l'article L. 138-29 du Code de la Sécurité sociale.

⁴⁹⁶ Précitée, note 495.

⁴⁹⁷ Précité, note 491.

plan d'action ou de l'accord collectif. Elles peuvent donc se traduire par la création d'un groupe de travail spécifique ou s'inscrire dans le cadre de la réunion du CHSCT portant sur le bilan annuel et le programme annuel de prévention prévue à l'article L. 4612-17 du Code du travail.

459. Si l'obligation de couverture en faveur de la prévention de la pénibilité était l'une des mesures phares de la loi portant réforme des retraites du 9 novembre 2010⁴⁹⁸, elle s'inscrivait dans un texte ayant un objet plus large. Au cours de l'été 2011, une autre obligation de couverture, en matière de partage des profits au bénéfice de l'ensemble des salariés, a été instituée. Si, à l'origine, cette mesure s'inscrivait dans un effet d'annonce politique, il semblerait qu'elle ait vocation à perdurer.

Section 4 – La prime de partage des profits au bénéfice des salariés

460. La loi n°2011-894 du 28 juillet 2011 de financement rectificative de la Sécurité sociale pour 2011⁴⁹⁹ institue, en son article 1^{er}, une obligation de couverture dite « prime de partage des profits » au bénéfice des salariés dans certaines entreprises. Seules certaines d'entre elles sont concernées. En effet, le champ d'application tel qu'il est défini par le législateur ne contraint pas tous les employeurs à instituer ce dispositif (sous-section 1). De plus, on peut considérer de façon certaine qu'il s'agit d'une obligation de couverture et non d'une simple obligation de négocier puisque c'est l'absence même d'un avantage pécuniaire au bénéfice des salariés qui est sanctionnée (sous-section 2).

Sous-section 1 – Champ d'application de l'obligation de couverture relative à la prime de partage des profits

461. Aux termes des I et II de l'article 1^{er} de la loi n°2011-894 du 28 juillet 2011⁵⁰⁰, les sociétés commerciales de cinquante salariés et plus dont les dividendes attribués sont en hausse par rapport à la moyenne des dividendes versés les deux années précédentes (§1) sont tenues de négocier une prime de partage des profits, ou d'attribuer un autre avantage pécuniaire en contrepartie de l'augmentation des dividendes, au bénéfice de l'ensemble de leurs salariés (§2). Cet avantage pécuniaire bénéficiera d'un régime social de faveur, puisqu'il

⁴⁹⁸ Loi n°2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites, JO 10 novembre 2010.

⁴⁹⁹ Loi n°2011-894 du 28 juillet 2011 de financement rectificative pour 2011, JO 29 juillet 2011.

⁵⁰⁰ Précitée, note 499.

est exonéré, dans la limite de 1200 euros par salarié et par an de toute cotisation et contribution sociale d'origine légale ou d'origine conventionnelle rendue obligatoire par la loi, à l'exception de la CSG et de la CRDS pour le salarié et du forfait social pour l'employeur. En tant que charge du personnel, il sera également fiscalement déductible du bénéfice imposable pour l'entreprise.

§1. Entreprises assujetties à la négociation ou à l'attribution d'un avantage pécuniaire en contrepartie de l'augmentation des dividendes

462. Toutes les entreprises situées sur le territoire national ne sont pas assujetties à la négociation ou à l'attribution d'un avantage pécuniaire au sens de l'article 1^{er} de la loi du 28 juillet 2011⁵⁰¹. En effet, c'est seulement en présence de certaines conditions cumulatives définies par la loi que l'employeur y est contraint : seules certaines formes sociales sont concernées (I), l'effectif de l'entreprise doit être de cinquante salariés et plus (II), et les dividendes versés en augmentation sur une certaine période d'observation (III). Le cas des groupes de sociétés soulève un certain nombre de questions (IV).

I. Condition liée à la forme sociale

463. Formes sociétaires visées.- Sont seules visées, par les I et II de l'article 1^{er} de la loi du 28 juillet 2011 de financement rectificative de la Sécurité sociale pour 2011⁵⁰², les sociétés commerciales pouvant distribuer, conformément à leurs statuts, des dividendes. Ainsi, aux termes du livre II du Code de commerce, sont concernées les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée, et les sociétés par actions dont les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions, les sociétés par actions simplifiées et les sociétés européennes.

464. Formes sociétaires exclues.- Puisque seules les sociétés commerciales dont les statuts permettent la distribution de dividendes ont l'obligation de négocier ou d'attribuer un avantage pécuniaire en la matière, un certain nombre d'entités sont donc exclues. Il s'agit notamment des groupements d'intérêts économiques qui n'ont pas la forme de société et dont le but n'est pas de réaliser des bénéfices mais de faciliter ou de développer l'activité économique de leurs membres, ou des sociétés coopératives ouvrières de production puisque

⁵⁰¹ Précitée, note 499.

⁵⁰² Précitée, note 499.

la rémunération du capital des associés de celles-ci prend la forme d'intérêts sur parts sociales. De même, les sociétés d'assurance mutuelles qui ont un objet non commercial et fonctionnent sans capital social et les entrepreneurs individuels à responsabilité limitée sont exclus du champ d'application du dispositif.

465. Cas particulier des entreprises publiques.- Enfin, aux termes du second alinéa du I de l'article 1^{er} de la loi du 28 juillet 2011, est une entreprise dite publique celle dont « plus de la moitié du capital est détenue directement par l'Etat ou, ensemble ou séparément, indirectement par l'Etat et directement ou indirectement par ses établissements publics ». Celles-ci n'entrent dans le champ d'application de la prime de partage des profits que lorsqu'elles sont des sociétés commerciales distribuant des dividendes et qu'elles ne bénéficient pas de subventions d'exploitation, ne sont pas en situation de monopole ou ne sont pas soumises à des prix réglementés. Il leur faudra aussi réunir la condition d'effectif.

II. Condition liée à l'effectif

466. Appréciation de l'effectif au sens de la mise en place de la participation.- Aux termes du premier alinéa du I de l'article 1^{er} de la loi du 28 juillet 2011⁵⁰³, sont assujetties les sociétés commerciales « qui emploient habituellement cinquante salariés et plus, au sens des articles L. 3322-2 et L. 3322-4 du Code du travail ». Le décompte des effectifs est fait de la même manière que pour la mise en place de la participation. Ainsi, il faudra apprécier l'effectif au cours de l'exercice au titre duquel les dividendes sont versés, lequel correspond à la période de calcul des résultats de l'entreprise : sa durée est en principe de douze mois.

467. La condition d'emploi habituel de cinquante salariés et plus est considérée comme remplie dès lors que ce seuil d'effectif a été atteint au cours de l'exercice considéré, pendant une durée de six mois au moins, consécutifs ou non, comme le prévoit l'article R. 3322-1 du Code du travail. Sur les modalités de calcul de l'effectif en ce cas, la chambre sociale de la Cour de cassation a précisé en 2010 que son appréciation est effectuée mois par mois, à la fin de chacun d'eux, au cours des douze mois précédents⁵⁰⁴. Comme pour les autres obligations de couverture, l'effectif est apprécié conformément au droit commun, en

⁵⁰³ Loi n°2011-894 du 28 juillet 2011 de financement rectificative pour 2011, JO 29 juillet 2011.

⁵⁰⁴ Cass. Soc., 8 décembre 2010, n°09-65.380, Bull. Civ. V. n°287.

application des articles L. 1111-2 et L. 1111-3 du Code du travail. De plus, son calcul s'effectue obligatoirement au niveau de l'entreprise et non d'un groupe d'entreprises.

468. Périmètre d'appréciation de l'effectif.- Il ressort des textes que le seuil de cinquante salariés est uniquement apprécié au niveau de l'entreprise. Ainsi, l'administration, dans la circulaire du 29 juillet 2011 sur la prime de partage des profits⁵⁰⁵, considère que lorsqu'un groupe remplit la condition liée aux dividendes, seules ses filiales dont l'effectif est de cinquante salariés ou plus versent la prime. Il apparaît donc, dans le cadre des unités économiques et sociales, que le seuil d'effectif n'est apprécié qu'au niveau de chacune des entreprises et non au niveau supérieur, le législateur ne souhaitant pas assujettir celles qui comptent moins de cinquante salariés même quant elles appartiennent à un ensemble dépassant ce seuil d'effectif. De plus, aucun montant de dividendes ne peut s'apprécier au niveau de l'unité économique et sociale.

III. Condition liée aux dividendes

469. Attribution de dividendes.- Seules les entreprises dont le montant des dividendes, par part sociale ou par action, est en augmentation sont visées par l'obligation de négocier sur le versement d'une prime de partage des profits. Aux termes de l'article L. 232-12 du Code de commerce, l'attribution des dividendes est décidée par l'assemblée générale des actionnaires au titre du dernier exercice clos, après approbation des comptes annuels et constatation de l'existence de sommes distribuables. Doivent également être pris en compte les acomptes sur dividendes qui peuvent avoir été prévus.

470. Origine des dividendes.- La circulaire du 29 juillet 2011 précise que l'origine des dividendes importe peu : la part attribuée aux associés par l'assemblée générale peut provenir soit du bénéfice distribuable, « constitué par le bénéfice de l'exercice, diminué des pertes antérieures, ainsi que des sommes à porter en réserve en application de la loi ou des statuts, et augmenté du report bénéficiaire », soit de la distribution de sommes prélevées sur les réserves. Ainsi, les sommes issues des réserves et non des bénéfices ne sont pas soumises à un régime spécifique : l'origine des dividendes est sans incidence pour l'application de la prime de partage des profits.

⁵⁰⁵ Circulaire DGT-DGTr-DSS du 29 juillet 2011 sur la prime de partage des profits instituée par la loi n°2011-894 du 28 juillet 2011 de financement rectificative de la Sécurité sociale pour 2011.

471. Période d'appréciation de l'augmentation du montant des dividendes.-

Aux termes du premier alinéa du II de l'article 1^{er} de la loi du 28 juillet 2011⁵⁰⁶, l'appréciation de l'augmentation du montant des dividendes par part sociale ou par action se fait par rapport à la moyenne des dividendes par part sociale ou par action versés au titre des deux exercices précédents. Ainsi, l'augmentation des dividendes versés en 2012 au titre des résultats de l'année 2011 s'apprécie par rapport à la moyenne des dividendes versés en 2010, au titre de l'année 2009, et en 2011, au titre de l'année 2010. La période d'appréciation de l'augmentation du montant des dividendes par part sociale ou par action est donc glissante.

472. Le non-versement de dividendes.- Lorsque l'assemblée générale des actionnaires décide de ne pas verser de dividendes, on peut s'interroger sur l'impact de cette décision quant à l'appréciation d'une éventuelle augmentation des dividendes versés. Il semblerait qu'en pareille situation, le non-versement s'analyserait comme un versement de dividendes d'un montant nul. Ainsi, l'absence de versement de dividendes au titre d'un ou plusieurs exercices devra être prise en compte pour calculer la moyenne des dividendes au titres des deux exercices précédents : une valeur de zéro sera donc retenue.

473. Cas particulier des entreprises nouvellement créées.- Afin de constater si la condition de versement de dividendes en hausse est remplie, il est nécessaire de disposer d'au moins trois exercices dans l'entreprise. Lorsque l'entreprise vient d'être créée, aucun exercice n'existe, on ne retiendra pas alors un montant nul comme cela peut être le cas lorsqu'il y a un non-versement de dividendes. Cela permet donc de dégager une condition implicite d'assujettissement des entreprises à l'ouverture d'une négociation sur la prime de partage des profits : elles doivent avoir effectué au moins trois exercices comptables complets. De même, l'appréciation de la condition liée aux dividendes dans les groupes de sociétés fait l'objet de dispositions spécifiques.

IV. Appréciation de l'augmentation des dividendes dans les groupes d'entreprises

474. Le groupe, périmètre d'appréciation de la condition liée aux dividendes.-

Aux termes du second alinéa du II de l'article 1^{er} de la loi du 28 juillet 2011⁵⁰⁷, le groupe constitue un périmètre d'appréciation de l'obligation de négocier et de verser, ou non, une prime de partage des profits, selon que la société dominante attribue, ou non, des dividendes

⁵⁰⁶ Précitée, note 503.

⁵⁰⁷ Loi n°2011-894 du 28 juillet 2011 de financement rectificative pour 2011, JO 29 juillet 2011.

en augmentation par rapport à la moyenne des dividendes versés au titre des deux exercices précédents. Seule la condition liée aux dividendes s'apprécie au sein de la société dominante : il importe peu que son effectif soit au dessus ou en dessous de cinquante salariés, la circulaire du 29 juillet 2011⁵⁰⁸ relève même qu'il peut être nul. La notion de groupe retenue est celle qui résulte de l'article L. 2331-1 du Code du travail, c'est-à-dire les groupes d'entreprises tenus de constituer un comité de groupe. Ils sont constitués d'une société dominante dont le siège social est situé sur le territoire français et des entreprises qu'elle contrôle dans les conditions définies aux articles L. 233-1, L. 233-3 I et II, et L. 233-16 du Code de commerce⁵⁰⁹. Le texte n'exige pas, pour autant, qu'un comité de groupe ait été mis en place.

475. Dividendes versés par la société dominante en augmentation.- Une société commerciale, dès lors qu'elle relève d'une entreprise dominante pour la mise en place d'un comité de groupe, ne doit prendre en compte que les dividendes attribués par cette dernière pour déterminer si elle est tenue de verser une prime à son niveau. Si les dividendes versés par la société dominante du groupe sont en augmentation par rapport à la moyenne des dividendes attribués au titre des deux exercices précédents, toutes les sociétés commerciales de cinquante salariés et plus qui appartiennent au groupe seront tenues de verser une prime à l'ensemble de leurs salariés. Peu importe que ces sociétés commerciales aient versé ou non à la société dominante des dividendes en augmentation.

476. En outre, à la lecture des textes, on aurait pu penser que l'effectif ne serait apprécié qu'au niveau du groupe. Pourtant, seules les sociétés commerciales dont l'effectif est de cinquante salariés et plus entreront dans le champ d'application : les conditions liées à la forme sociétaire et à l'effectif doivent être appréciées uniquement au niveau de l'entreprise. En effet, la circulaire du 29 juillet 2011⁵¹⁰ considère qu'il est évalué au sein de l'entreprise, les sociétés commerciales appartenant au groupe mais dont l'effectif est inférieur à cinquante salariés sont donc exclues du champ d'application obligatoire du dispositif. Elles peuvent toutefois s'y soumettre volontairement dès lors que la société dominante verse des dividendes qui sont en augmentation.

477. Dividendes versés par la société dominante stables ou en diminution.- En revanche, si les dividendes de l'entreprise dominante sont stables ou en diminution par

⁵⁰⁸ Circulaire DGT-DGTr-DSS du 29 juillet 2011 sur la prime de partage des profits instituée par la loi n°2011-894 du 28 juillet 2011 de financement rectificative de la Sécurité sociale pour 2011.

⁵⁰⁹ Pour de plus amples développements, Cf. Titre I, Chapitre I, Section 1, Sous-section 2, §2, II.

⁵¹⁰ Précitée, note 508.

rapport à la moyenne de ceux qui ont été versés au titre des deux exercices précédents, aucune des sociétés du groupe ne doit négocier et verser une prime de partage des profits même si, à leur niveau, les dividendes attribués sont en hausse. Ainsi, les entreprises qui décideraient alors de verser volontairement une telle prime ne bénéficieraient pas du régime social et fiscal de faveur puisqu'elles n'entreraient pas dans le champ d'application, même volontaire, du dispositif.

478. Hypothèses où la société dominante n'a pas son siège social sur le territoire français.- Lorsque la société dominante du groupe a son siège social à l'étranger, elle ne devra, *a priori*, pas être prise en compte. En conséquence, deux hypothèses peuvent se présenter. Premièrement, il peut exister sur le territoire national des sociétés commerciales qui constituent entre elles un groupe dont la société dominante a son siège social situé en France, auquel cas c'est les versements de dividendes de cette dernière qui seront évalués. Deuxièmement, il peut être impossible de caractériser un groupe entre les sociétés situées sur le territoire national en raison de liens insuffisants. Dans cette hypothèse, ces entreprises seront dans la même situation que les sociétés qui ne sont pas rattachés à des groupes : on appréciera les conditions d'assujettissement au dispositif uniquement à leur niveau.

479. Hypothèses des sociétés non commerciales.- Lorsque c'est la société dominante qui n'est pas une société commerciale, ses filiales constituées en sociétés commerciales et employant habituellement cinquante salariés et plus sont assujetties à l'obligation de négocier et de verser une prime au même titre que les sociétés qui n'appartiennent pas à un groupe. Les conditions d'assujettissement s'apprécient entreprise par entreprise sauf dans l'hypothèse où les filiales constitueraient entre elles un groupe. De même, lorsque des sociétés non commerciales, qui remplissent le critère d'effectif, appartiennent à un groupe dans lequel la société dominante verse des dividendes en hausse, elles n'entrent pas dans le champ d'application du dispositif. Ainsi, si toutes les sociétés ne sont pas assujetties à l'obligation de négocier et de verser une prime, on peut se demander si tous les salariés en bénéficieront.

§2. Salariés bénéficiaires

480. Restriction possible des salariés bénéficiaires ?.- Aux termes de la loi du 28 juillet 2011⁵¹¹, la prime est versée « au bénéfice de l'ensemble des salariés ». Cette formule lapidaire laisse en suspens un certain nombre de questions. En effet, on peut se demander si les partenaires sociaux, dans le cas d'un accord, ou l'employeur, dans le cas d'une décision unilatérale, ne pourraient pas créer une condition de présence pour bénéficier du versement de la prime. Celle-ci pourrait porter sur la date d'attribution des dividendes, la date de conclusion de l'accord ou de la prise de la décision unilatérale, ou encore la date de versement effectif de la prime.

481. Bénéfice de la prime pour tous les salariés ayant contribué à la création des profits partagés.- Cependant, il ressort des travaux parlementaires et de la circulaire du 29 juillet 2011⁵¹² que les salariés bénéficiaires sont ceux qui ont contribué à la création des profits partagés, c'est-à-dire tous les salariés liés par un contrat de travail quelle qu'en soit sa forme et inscrits à l'effectif de l'entreprise au titre duquel les dividendes sont attribués. Ainsi, les salariés ayant quitté la société au moment du versement de la prime devraient pouvoir en bénéficier : l'employeur devra donc les rechercher pour la leur verser. De plus, certains salariés de l'entreprise au jour du versement de la prime pourraient ne pas en bénéficier puisqu'ils n'appartenaient pas à celle-ci pendant l'exercice au titre duquel les dividendes ont été attribués.

482. Condition d'ancienneté.- Aux termes du IV de l'article 1^{er} de la loi du 28 juillet 2011⁵¹³, lorsque la prime est instituée par accord, et uniquement en ce cas là, les dispositions de l'article L. 3342-1 du Code du travail peuvent être appliquées. Ce texte prévoit qu'une condition d'ancienneté ne pouvant excéder trois mois peut être prévue dans les accords de participation. Ainsi, en l'espèce, l'accord instituant la prime pourra prévoir une telle condition au niveau de l'entreprise ou du groupe. Seront pris en compte pour la détermination de l'ancienneté tous les contrats de travail exécutés au cours de l'exercice concerné et des douze mois qui le précèdent. Toute définition plus restrictive de l'ancienneté serait illégale.

⁵¹¹ Loi n°2011-894 du 28 juillet 2011 de financement rectificative pour 2011, JO 29 juillet 2011.

⁵¹² Circulaire DGT-DGTr-DSS du 29 juillet 2011 sur la prime de partage des profits instituée par la loi n°2011-894 du 28 juillet 2011 de financement rectificative de la Sécurité sociale pour 2011.

⁵¹³ Précitée, note 511.

483. Cas particuliers : mandataires sociaux et salariés intérimaires.- La situation de certaines personnes présentes dans l'entreprise peuvent donner lieu à des interrogations : les mandataires sociaux et les salariés intérimaires. Les premiers ne pourront bénéficier de la prime que s'ils sont, par ailleurs, salariés au sens du Code du travail. Les seconds sont, en principe, exclus du bénéfice de la prime versée dans l'entreprise utilisatrice pour laquelle ils travaillent : ils sont seulement bénéficiaires d'une prime qui serait instituée au sein de l'entreprise de travail temporaire. Cependant, aux termes du dernier alinéa de l'article L. 1251-43 du Code du travail, le salarié intérimaire doit percevoir la même rémunération, avec ses différentes composantes, y compris s'il en existe des primes et accessoires de salaire, que percevrait dans l'entreprise utilisatrice, après période d'essai, un salarié de qualification professionnelle équivalente occupant le même poste de travail. Ainsi, au titre de l'égalité de traitement en matière de rémunération, le salarié intérimaire serait bénéficiaire de la prime versée par l'entreprise utilisatrice. Celle-ci devra donc en informer l'entreprise de travail temporaire qui pourra lui facturer le montant de la prime versée au salarié, et ce même dans l'hypothèse où il n'exercerait plus d'activité au sein de l'entreprise utilisatrice. En tout état de cause, l'accord collectif ne pourra donc pas exclure les salariés intérimaires du champ des bénéficiaires de la prime. Il faut noter que l'obligation de couverture en la matière n'exige pas forcément la conclusion d'un tel accord, ni le versement d'une « prime de partage des profits ».

Sous-section 2 – Nature de l'obligation de couverture instituée par l'article 1^{er} de la loi n°2011-894 du 28 juillet 2011

484. L'article 1^{er} de la loi du 28 juillet 2011⁵¹⁴ institue la prime de partage des profits qui doit être instituée dans les sociétés commerciales de cinquante salariés et plus lorsque les dividendes versés sont en augmentation par rapport à la moyenne des dividendes versés au titre des deux exercices précédents. Ce dispositif est obligatoire (§1) mais des alternatives sont prévues au VI de ce texte : le versement « d'un avantage pécuniaire qui n'est pas obligatoire en application de dispositions législatives en vigueur ou de clauses conventionnelles qui est attribué, en tout ou partie, en contrepartie de l'augmentation des dividendes » (§2).

⁵¹⁴ Loi n°2011-894 du 28 juillet 2011 de financement rectificative pour 2011, JO 29 juillet 2011.

§1. La prime de partage des profits

485. Si la loi prévoyait⁵¹⁵ que l'employeur devait instituer une prime de partage des profits dans les trois mois suivants l'attribution des dividendes par l'assemblée générale (III), cette mise en place doit respecter un certain nombre de règles. En effet, aux termes du III de l'article 1^{er} de la loi du 28 juillet 2011⁵¹⁶, les conditions dans lesquelles la prime de partage des profits est mise en place au sein des entreprises (I) sont déterminées. De plus, le IV du même article précise que cette prime peut être modulée entre les salariés en fonction de certains critères (II).

I. Modalités de mise en place

486. La prime de partage des profits doit, dans un premier temps, faire l'objet d'une négociation portant sur son montant et les éventuelles modalités de répartition de cette prime (A). Ce n'est qu'en cas d'échec de cette négociation que l'employeur devra établir la prime de partage des profits par décision unilatérale (B).

A – Négociation d'un accord instituant la prime de partage des profits

487. Modalités de conclusion de l'accord instituant la prime de partage des profits.- Lorsque l'entreprise est assujettie à l'obligation de mettre en place une prime de partage des profits, celle-ci doit se faire en priorité par la voie de la négociation d'un accord. Celui-ci est conclu selon les modalités définies aux 1^o à 4^o de l'article L. 3322-6 et à l'article L. 3322-7 du Code du travail. Ainsi, l'employeur a la possibilité de choisir entre les quatre modalités prévues : un accord collectif travail conclu avec les délégués syndicaux conformément aux articles L. 2232-12 et suivants du même code, un accord entre l'employeur et les représentants d'organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, un accord conclu au sein du comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel, ou un projet d'accord proposé par l'employeur et ratifié à la majorité des deux tiers du personnel.

488. Le choix de l'employeur entre ces différentes modalités de conclusion est indifférent, et ce, qu'il existe ou non des institutions représentatives du personnel dans l'entreprise ou non. Ainsi, aucune priorité n'est donnée à la négociation collective avec les

⁵¹⁵ III, alinéa 1^{er} de l'article 1^{er} de la loi n°2011-894 du 28 juillet 2011, précitée, note 514.

⁵¹⁶ Précitée, note 514.

délégués syndicaux. Cependant la liste de modalités de conclusion énoncée à l'article L. 3322-6 du Code du travail est bien limitative : l'employeur ne peut donc instituer une prime de partage des profits par un accord avec un représentant de section syndicale.

489. La possible conclusion d'un accord de groupe sur ce thème : modalités particulières de négociation.- La loi du 28 juillet 2011⁵¹⁷, par le jeu du renvoi à l'article L. 3322-7 du Code du travail, prévoit que la prime de partage des profits peut être mise en place par la voie d'un accord de groupe entre toutes les sociétés qui appartiennent à celui-ci ou seulement certaines d'entre elles. Trois modalités particulières de négociation et de conclusion sont prévues dans ce même article : l'accord de groupe peut donc être conclu entre le mandataire des entreprises concernées et un ou des salariés appartenant à l'une des entreprises du groupe et mandatés à cet effet par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans ce périmètre, ou entre le mandataire des entreprises intéressées et les représentants mandatés par chacun des comités d'entreprise concernés, ou enfin par ratification à la majorité des deux tiers du personnel d'un projet d'accord proposé par le mandataire des entreprises du groupe.

490. Lorsqu'un groupe est constitué, et qu'il convient en son sein d'instituer une prime de partage des profits, rien ne donne la priorité à la négociation de groupe. Ainsi, il est possible de négocier entreprise par entreprise. Enfin, il convient d'écarter toute possibilité de conclure un accord d'unité économique et sociale en la matière, d'une part puisque les textes ne le prévoient pas et, d'autre part, car celles-ci n'entrent pas dans le champ d'application de l'obligation de couverture sur ce thème. Chacune des entreprises la composant doit, si elle y est incluse, conclure à son niveau un accord instituant la prime de partage des profits ou, en cas d'échec des négociations, la mettre en place par décision unilatérale.

B – Caractère subsidiaire de la décision unilatérale de l'employeur

491. Institution de la prime dans le procès-verbal de désaccord.- Aux termes du 2^{ème} alinéa du III de l'article 1^{er} de la loi du 28 juillet 2011⁵¹⁸, en cas d'échec des négociations, l'employeur est tenu d'établir un procès-verbal de désaccord au contenu défini. En effet, doivent être consignées ses propositions initiales, les positions respectives des parties en leur dernier état et la décision unilatérale portant sur le montant de la prime que

⁵¹⁷ Précitée, note 514.

⁵¹⁸ Loi n°2011-894 du 28 juillet 2011 de financement rectificative pour 2011, JO 29 juillet 2011.

l'employeur s'engage à attribuer. De façon surprenante, alors qu'il s'agit d'une négociation libre, le législateur impose qu'elle soit clôturée par un procès-verbal de désaccord. De plus, celui-ci sera le siège de la décision unilatérale de l'employeur quant à la prime attribuée à l'ensemble des salariés.

492. Cette singularité s'explique sans doute par le fait que cela rend plus facile le contrôle du respect de l'obligation de loyauté de l'employeur dans la négociation : indiquer ses propositions initiales permet de vérifier l'évolution dans ses positions afin de tout faire pour parvenir à un accord. Toutefois, la publicité donnée au procès-verbal de désaccord ne sera pas nécessairement identique à celle qu'aurait eu une note de service faisant état de la décision unilatérale de l'employeur instituant la prime de partage des profits : la formalisation dans le procès-verbal de désaccord de celle-ci n'est pas forcément une bonne chose puisqu'elle l'institutionnalise.

493. Un procès-verbal de désaccord de groupe ?.- Dans l'hypothèse d'un groupe, s'il a été choisi de négocier à ce niveau et si les négociations n'aboutissent pas, l'administration dans la circulaire du 29 juillet 2011⁵¹⁹ considère qu'un procès-verbal de désaccord est établi dans les mêmes formes que celui élaboré au niveau de l'entreprise. Cependant, une telle mise en place de la prime est impossible. En effet, le groupe n'est pas doté de la personnalité morale, la décision unilatérale du dirigeant de l'entreprise dominante ne peut donc pas s'imposer aux autres entreprises du groupe. Aussi, pour être applicable dans celles-ci, il conviendra de reprendre au niveau de chacune d'elles le procès-verbal de désaccord. De cette façon, une harmonisation du montant et de la répartition de la prime au sein du groupe est possible, en cas d'échec des négociations.

II. Montant et répartition de la prime de partage des profits

494. Principe : montant uniforme de la prime de partage des profits.- A l'issue du IV de l'article 1^{er} de la loi du 28 juillet 2011⁵²⁰, la répartition de la prime de partage des profits, instituée par accord ou par décision unilatérale, peut être modulée entre les salariés. Ainsi, par principe, la prime doit être d'un montant uniforme pour tous les salariés bénéficiaires, quels que soient le montant de leur salaire et leur durée de présence pendant

⁵¹⁹ Circulaire DGT-DGTr-DSS du 29 juillet 2011 sur la prime de partage des profits instituée par la loi n°2011-894 du 28 juillet 2011 de financement rectificative de la Sécurité sociale pour 2011.

⁵²⁰ Précitée, note 518.

l'exercice au titre duquel les dividendes ont été attribués. Le montant, s'il est uniforme, n'est pas forcément forfaitaire, il peut résulter de l'application d'une formule de calcul. En ce cas, l'administration précise cependant⁵²¹ que le montant versé ne peut être symbolique. Par exception, des critères de répartition peuvent être prévus.

495. Exception : répartition modulée de la prime.- Les critères de répartition pouvant être retenus sont, conformément à la loi, ceux de l'article L. 3324-5 du Code du travail. Ce texte porte sur la répartition de la réserve spéciale de participation, celle-ci peut être proportionnelle au salaire perçu au cours de l'exercice au titre duquel les dividendes ont été attribués ou à la durée de présence au cours de ce même exercice. Il est possible de diviser la prime en différents éléments pour lesquels on retiendra un critère ou l'autre. En raison du renvoi à l'article L. 3324-5 du Code du travail, si le critère de la durée de présence était retenu, il conviendra d'appliquer l'article L. 3324-6 du même code pour la décompter. Par ailleurs, compte tenu de l'objet même de ce dispositif, et de son impact politique, le législateur a assorti son institution de délais.

III. Délais d'institution

496. Principe : trois mois à compter de l'assemblée générale.- Dès lors que l'entreprise entre dans le champ d'application du dispositif, c'est-à-dire dans l'hypothèse où elle a un effectif de cinquante salariés et plus et que ses versements de dividendes sont en hausse, l'employeur a l'obligation d'engager une négociation et de conclure un accord instituant le versement d'une prime de partage des profits dans un délai de trois mois à compter de la date à laquelle l'assemblée générale a décidé d'attribuer des dividendes. Si les négociations venaient à échouer, le procès-verbal de désaccord établissant la prime de partage des profits devra lui aussi être dressé dans ce délai.

497. Si la loi prévoit un délai pour négocier, elle est en revanche muette sur le moment de son versement. Toutefois, il conviendra de privilégier un versement avant la fin de l'exercice au cours duquel l'assemblée générale a décidé l'attribution des dividendes en raison des liens entre cette prime et le plafond annuel d'exonérations sociales. Ainsi, dans l'hypothèse où la prime donnerait lieu à un versement fractionné, le dernier de ceux-ci devrait survenir avant la fin de ce même exercice.

⁵²¹ Précitée, note 519.

498. Dispositif transitoire.- Dans le cas où l'assemblée générale avait décidé d'attribuer les dividendes antérieurement à la promulgation de la loi⁵²², c'est-à-dire avant le 28 juillet 2011, le délai de trois mois étant inapplicable, il était remplacé par une date limite, au second alinéa du XI de l'article 1^{er} de la loi : le 31 octobre 2011. Les entreprises avaient donc jusqu'à cette date pour se mettre en conformité. Certaines d'entre elles avaient pu aussi, antérieurement à la promulgation de la loi du 28 juillet, instituer d'autres avantages pécuniaires au titre desquels ils ne sont pas contraints à mettre en place le dispositif.

§2. La possibilité d'instituer un avantage pécuniaire autre que la prime de partage des profits

499. Tous les avantages pécuniaires ne permettront pas d'exonérer l'employeur de son obligation d'ouvrir une négociation pour mettre en place une prime de partage des profits. Pour lui permettre d'être considéré comme ayant rempli son obligation de couverture, l'avantage pécuniaire devra répondre à un certain nombre de conditions (I), il sera alors possible de déterminer ceux qui sont concernés (II).

I. Singularité de l'avantage pécuniaire permettant l'exonération

500. Aux termes du VI de l'article 1^{er} de la loi du 28 juillet 2011⁵²³, ne sont pas soumises à l'obligation d'engager une négociation sur le versement d'une prime de partage des profits, les sociétés qui ont attribué par accord collectif d'entreprise à l'ensemble de leurs salariés un avantage pécuniaire nouveau et non obligatoire en vertu des dispositions légales et conventionnelles applicables, attribué au moins pour partie en contrepartie de l'augmentation des dividendes. Il sembler résulter de la rédaction des textes que l'attribution d'un avantage pécuniaire non-obligatoire est une modalité alternative à l'institution d'une prime de partage des profits. Il doit toutefois être nouveau et il faut qu'apparaisse explicitement le fait qu'il est accordé en contrepartie de l'augmentation des dividendes.

501. Un avantage alloué par accord collectif d'entreprise.- Compte tenu de la rédaction des textes, l'exonération de l'employeur de négocier et de verser une prime de partage des profits n'est possible que lorsque l'avantage pécuniaire non-obligatoire trouve son origine dans un accord collectif d'entreprise, c'est-à-dire conclu avec les délégués syndicaux

⁵²² Loi n°2011-894 du 28 juillet 2011 de financement rectificative pour 2011, JO 29 juillet 2011.

⁵²³ Précitée, note 522.

des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise et répondant aux conditions de validité figurant aux articles L. 2232-12 et suivants du Code du travail. Ainsi, lorsque l'avantage pécuniaire non-obligatoire résulte d'une décision unilatérale de l'employeur⁵²⁴ ou d'un accord avec le comité d'entreprise, même lorsqu'il est clairement indiqué que celui-ci est attribué en contrepartie de l'augmentation des dividendes, il sera nécessaire de négocier sur la prime de partage des profits. La circulaire du 28 juillet 2011 précise⁵²⁵, rajoutant à la loi, que l'accord collectif doit avoir été conclu avant le 25 mai 2011, date de présentation du projet de loi de financement rectificatif de la Sécurité sociale en Conseil des ministres.

502. Négociation dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux ?.- La loi du 28 juillet 2011⁵²⁶ ne permettant pas la mise en place d'un avantage pécuniaire différent de la prime de partage des profits autrement que par la voie de la conclusion d'un accord collectif de travail, il résulte que, conformément à la loi du 20 août 2008⁵²⁷, l'institution de cet avantage pécuniaire pourra être négocié, dans certaines conditions⁵²⁸, avec les élus du personnel ou des salariés mandatés par des organisations syndicales représentatives dans la branche, ou des représentants de section syndicale. Par ailleurs, cet avantage pécuniaire n'est pas défini par la loi, il peut donc revêtir diverses formes.

II. Avantages concernés

503. Variété des avantages.- Comme le relève la circulaire du 29 juillet 2011⁵²⁹, « la loi ne liste pas les avantages pécuniaires non-obligatoires ». Il peut donc prendre la forme d'un supplément d'intéressement ou de participation, de l'attribution de titres restaurants, d'actions gratuites de l'entreprise, de prime de bilan, d'un avantage de prévoyance... Il faudra toutefois veiller à ce qu'il soit versé à chaque hausse des dividendes. L'abondement de l'employeur à un dispositif tel que le compte épargne-temps, un plan d'épargne d'entreprise ou un plan d'épargne pour la retraite collectif ne peut être assimilé à un avantage pécuniaire non-obligatoire qu'à titre optionnel. En effet, le salarié n'effectuant pas de versement volontaire ne bénéficierait pas de l'abondement qui serait alors un avantage pécuniaire

⁵²⁴ Par exemple une décision du conseil d'administration ou du directoire qui accorderait un supplément de participation ou d'intéressement selon les modalités prévues aux articles L. 3324-9 et L. 3314-10 du Code du travail.

⁵²⁵ Circulaire DGT-DGTr-DSS du 29 juillet 2011 sur la prime de partage des profits instituée par la loi n°2011-894 du 28 juillet 2011 de financement rectificative de la Sécurité sociale pour 2011.

⁵²⁶ Loi n°2011-894 du 28 juillet 2011 de financement rectificative pour 2011, JO 29 juillet 2011.

⁵²⁷ Loi n°2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et du temps de travail, JO 21 août 2008.

⁵²⁸ Conditions d'effectif et d'absence de délégués syndicaux.

⁵²⁹ Précitée, note 525.

hypothétique. L'accord d'entreprise doit donc prévoir la possibilité pour le salarié d'opter pour un autre avantage pécuniaire non-obligatoire mis en place en lien avec l'augmentation des dividendes.

504. Particularités de certains avantages en raison d'un régime spécifique.-

Lorsque l'employeur choisit d'attribuer un avantage pécuniaire non-obligatoire en contrepartie de l'augmentation des dividendes qui ne peut avoir pour bénéficiaire que les salariés qui sont présents dans l'entreprise au jour de son attribution, en raison de règles spécifiques liés à la nature de cet avantage, il sera considéré comme ayant rempli son obligation et n'aura donc pas à ouvrir la négociation en vue du versement d'une prime de partage des profits. Ainsi, par dérogation, le champ d'application des salariés bénéficiaires de l'avantage pécuniaire non-obligatoire ne coïncidera pas nécessairement avec le champ d'application des salariés bénéficiaires de la prime de partage des profits : il est lié au régime spécifique de l'avantage en cause.

505. Si cette obligation de couverture répond à des règles d'exception quant aux conditions permettant de s'en exonérer, les autres obligations de cette nature sont plus proches de la négociation obligatoire de droit commun pour les modalités de leur déroulement.

Titre II – Le déroulement de la négociation imposée

506. Toutes les entreprises n'ont pas les mêmes obligations au regard de la négociation imposée. En effet, certaines d'entre elles peuvent être exclues du champ d'application de l'une ou de l'autre des obligations de couvertures⁵³⁰. Dans le cas d'une entreprise de moins de trois cents salariés, des obligations de négocier, seules celles qui sont annuelles, s'imposeront. Après avoir déterminé ce à quoi il est assujéti, l'employeur doit engager un certain nombre d'actions.

507. En fonction de l'obligation concernée, qu'elle soit de négocier ou de couverture, diverses interrogations surviennent. Celles-ci tiennent tant aux modalités de la négociation qu'à son issue : à quel niveau, à quel moment, avec qui, et comment négocier ? De plus, l'issue de la négociation obligatoire doit respecter un certain formalisme pour que l'employeur soit considéré comme ayant rempli ses obligations. Lorsque l'entreprise est assujéti à des obligations de couverture, une démarche réglementée doit être suivie pour échapper aux sanctions prévues.

508. Le rôle de l'inspecteur du travail, et plus largement de l'administration, dans le contrôle de la bonne exécution par l'employeur des obligations qui pèse sur lui diffère en fonction de leur nature : des compétences *ad hoc* pourront leur être attribuées dans le cadre de certaines obligations de couverture alors que l'inspecteur du travail pourra intervenir au titre de ses compétences générales en tant que conciliateur : son rôle est d'inciter et d'aider à la négociation⁵³¹.

509. Compte tenu des différences entre les dispositifs et des conséquences qui y sont attachées, au sein de la négociation imposée, il est nécessaire de distinguer le déroulement de la négociation obligatoire (chapitre I) et celui des négociations qui se tiennent dans le cadre des obligations de couverture (chapitre II).

⁵³⁰ Pour leurs nature et contenu, Cf. Titre I, Chapitre II.

⁵³¹ Circulaire DRT n°8 du 5 mai 1983 relative à l'application des dispositions de la loi n°82-957 du 13 novembre 1982 concernant l'obligation annuelle de négocier dans les entreprises, JO 3 juillet 1983.

Chapitre I – Déroulement de la négociation obligatoire

510. Le chapitre du Code du travail relatif à la négociation obligatoire en entreprise ne porte pas uniquement sur les entreprises qui y sont assujetties et les thèmes qui doivent être abordés : certaines dispositions dépassent la simple définition de son champ d'application. Si la présence de délégués syndicaux d'organisations syndicales représentatives permet la tenue de la négociation dans les conditions prévues aux articles L. 2231-1 et suivants du Code du travail, des règles spéciales sont prévues.

511. Les dispositions générales relatives à la négociation collective en entreprise et celles qui sont spécifiques à la négociation obligatoire doivent être combinées. Lorsqu'il y a concours sur la même matière la règle spéciale, dérogeant à la règle générale, devra être retenue. L'analyse du régime applicable au déroulement de la négociation obligatoire peut se faire en deux temps : d'abord, les modalités dans lesquelles elle se tient (section 1), puis les conditions dans lesquelles elle s'achève (section 2).

Section 1 – Modalités de tenue de la négociation obligatoire

512. Aux termes des articles L. 2242-1 à L. 2242-3 du Code du travail, la négociation obligatoire doit être distinguée de la négociation libre ou spontanée, sur plusieurs points. Tout d'abord, le périmètre de la négociation est imposé (sous-section 1) alors qu'habituellement les parties ont le choix de celui-ci. Ensuite, l'organisation de la négociation est encadrée tant du point de vue de son ouverture que de la tenue des réunions (sous-section 2). Enfin, l'article L. 2242-3 du Code du travail prévoit des restrictions importantes au pouvoir de direction de l'employeur au cours de la négociation obligatoire (sous-section 3).

Sous-section 1 – Le périmètre de la négociation obligatoire

513. La question du périmètre de la négociation soulève deux interrogations sur lesquelles le droit commun et le droit spécial de la négociation obligatoire fournissent des réponses. Il s'agira notamment de déterminer à quel niveau celle-ci doit et peut se tenir (§1). En fonction de celui-ci, les parties à la négociation pourront varier (§2).

§1 – Le niveau de la négociation obligatoire

514. La question du niveau de la négociation ne se pose que dans les ensembles. Lorsque l'entreprise est mono-établissement et qu'elle n'appartient à aucune autre entité, la négociation obligatoire ne pourra se tenir qu'en son sein. En revanche, lorsque l'entreprise comprend plusieurs établissements distincts ou qu'elle est incluse dans une unité économique et sociale ou un groupe de sociétés, des difficultés peuvent survenir. Il n'en demeure pas moins que l'entreprise est le cadre normal (I) de la négociation obligatoire, sa tenue dans des ensembles ne concernant que certaines obligations de négocier (II).

I. Le cadre de l'entreprise

515. Les différentes obligations de négocier pèsent sur l'employeur lorsque l'entreprise à la tête de laquelle il se trouve remplit un certain nombre de conditions⁵³². Toutefois, le second alinéa de l'article L. 2232-16 du Code du travail prévoit que des conventions ou des accords « peuvent être conclus au niveau d'un établissement ou d'un groupe d'établissements » dans les mêmes conditions qu'un accord d'entreprise. La tenue de la négociation obligatoire au niveau de l'entreprise demeure cependant le principe (A). Par exception, il sera possible de la mener au sein des établissements lorsqu'ils existent (B).

A – Le principe : le niveau de l'entreprise

516. L'article L. 2242-1 du Code du travail ne précise pas, de manière explicite, le cadre de la négociation obligatoire. Implicitement, dans les entreprises multi-établissements assujetties, l'employeur doit, semble-t-il, engager la négociation au niveau central. L'administration a confirmé cette interprétation dans une⁵³³ des circulaires d'application de la loi du 13 novembre 1982⁵³⁴ qui concerne, notamment, l'obligation de négocier dans les entreprises. Elle précise ainsi que le niveau de l'entreprise doit être privilégié comme lieu de négociation et non l'établissement.

⁵³² Cf. Titre I, Chapitre I.

⁵³³ Circulaire DRT n°8 du 5 mai 1983 relative à l'application des dispositions de la loi n°82-957 du 13 novembre 1982 concernant l'obligation annuelle de négocier dans les entreprises, JO 3 juillet 1983.

⁵³⁴ Loi n°82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail (3^{ème} loi Auroux), JO 14 novembre 1982.

517. Quelques mois plus tard, dans une circulaire du 25 octobre 1983⁵³⁵, l'administration a indiqué que le choix, par l'employeur, de l'établissement ou du groupe d'établissement comme cadre de négociation « constitue une simple faculté qui a été ménagée par le législateur en raison des usages existants en ce domaine ». Ces deux niveaux, entreprise et établissement, ne sont toutefois pas exclusifs : « un accord général ou un accord-cadre d'entreprise peut être complété par des accords propres à chaque établissement ou groupe d'établissement ». Cette faculté doit être formellement déconseillée compte tenu de la jurisprudence récente en matière d'égalité de traitement⁵³⁶ : un même accord d'entreprise ne peut recevoir une application différente selon les établissements. En outre, lorsqu'il négocie au niveau de l'entreprise, l'employeur s'exonère de son obligation de négocier au niveau des établissements. En dehors de quelques cas particuliers et marginaux, il sera préférable de mener la négociation obligatoire au niveau de l'entreprise. La jurisprudence et l'administration ont, de plus, dégagé les conditions qui doivent être réunies pour que la négociation se tienne dans le cadre des établissements ou groupes d'établissements.

B – L'exception : l'établissement ou le groupe d'établissements

518. Exception liée au thème de négociation.- L'ancien article L. 132-27 du Code du travail, et plus particulièrement son 4^{ème} alinéa, prévoyait que « dans les entreprises comportant des établissements ou groupes d'établissements distincts, cette négociation peut avoir lieu au niveau de ces établissements ou groupe d'établissements ». Des auteurs⁵³⁷ considèrent que cet alinéa s'appliquait à toutes les négociations obligatoires prévues dans cet article. Deux arguments conduisent à écarter cette interprétation. En premier lieu, l'alinéa 4 de l'article L. 132-27 a été créé par l'article 21 de la loi du 27 juillet 1999⁵³⁸, tout comme l'alinéa précédent qui porte sur l'obligation de négocier sur un régime de prévoyance maladie. Il semblerait ainsi que la possibilité de tenir la négociation au niveau de l'établissement ne pourrait être envisagée que pour ce thème. En second lieu, lors de la recodification, les alinéas 3 et 4 de l'article L. 132-27 ont été regroupés dans un seul et même article du Code du travail⁵³⁹, portant sur le régime de prévoyance maladie. On peut donc considérer qu'en la

⁵³⁵ Circulaire du 25 octobre 1983 relative à l'application de la loi n°82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel.

⁵³⁶ Notamment Cass. Soc., 28 octobre 2009, n°08-40.457, Bull. Civ. V, 2009, n°239.

⁵³⁷ Notamment les rédacteurs du mémento Francis Lefebvre, social, de l'étude Conventions et accords collectifs du même éditeur, ou du Lamy Négociation collective.

⁵³⁸ Loi n°99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle, JO 28 juillet 1999.

⁵³⁹ Article L. 2242-11 du Code du travail.

matière, l'employeur a le choix du niveau de négociation. En revanche pour les autres, l'exercice de cette faculté devra répondre à certaines conditions.

519. Conditions dégagées par l'administration.- Sur le thème du droit d'expression des salariés, dans une circulaire du 4 mars 1986⁵⁴⁰, l'administration a admis que la négociation puisse se tenir au niveau d'un établissement ou de groupes d'établissements à la condition que tous les salariés soient couverts par celle-ci. Ainsi, le droit à la participation, par l'intermédiaire des délégués, à la détermination collective des conditions de travail, tel qu'issu du huitième alinéa du préambule de la Constitution de 1946, est garanti. Pour autant, se pose la question de savoir si, en l'absence de délégué syndical dans un établissement, il est possible de recourir à cette décentralisation.

520. De plus, l'administration, dans la circulaire du 5 mai 1983⁵⁴¹, envisageait que la négociation annuelle obligatoire puisse se tenir au niveau des établissements à condition qu'il y ait un accord entre toutes les parties. On peut s'interroger sur ce qu'entendait ici le ministère du travail : fallait-il recueillir l'accord des organisations syndicales représentatives au niveau de chaque établissement ? Ou les organisations syndicales représentatives au niveau central, en la personne de leurs représentants, étant, par principe, parties à la négociation obligatoire, c'est à elle que revenait le droit d'autoriser la décentralisation de la négociation ? Les chambres sociale et criminelle de la Cour de cassation ont défini la position de l'administration sur ce point, dégageant des conditions plus précises.

521. Conditions, cumulatives, dégagées par la Cour de cassation.- Tout d'abord, la chambre sociale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 21 mars 1990⁵⁴², a considéré que si la négociation obligatoire doit, en principe, être engagée au niveau de l'entreprise, « l'employeur peut exercer la faculté de l'engager par établissement ou groupe d'établissements qu'autant qu'aucune des organisations syndicales représentatives dans l'établissement où la négociation doit s'ouvrir ne s'y oppose ». De façon surprenante, il appartient donc aux organisations syndicales représentatives, au sein des établissements, directement concernées par la négociation de refuser ou d'accepter de la tenir à ce niveau : celles qui disposent, par principe, de la prérogative de négocier en sont donc dessaisies. Ainsi, la chambre sociale, contrairement à l'administration, ne conditionne pas la tenue de la

⁵⁴⁰ Circulaire n°3 du 4 mars 1986 relative à l'expression des salariés.

⁵⁴¹ Précitée, note 535.

⁵⁴² Cass. Soc., 21 mars 1990, n°88-14.794, Bull. Civ. V, 1990, n°139.

négociation au niveau des établissements à un accord unanime des parties. Un employeur qui déciderait de tenir une négociation décentralisée devra être en mesure de prouver qu'aucune organisation syndicale ne s'y est opposée.

522. Ensuite, la chambre criminelle, dans un arrêt du 4 décembre 1990⁵⁴³, a indiqué que l'employeur ne peut exercer la faculté d'engager la négociation obligatoire par établissement ou groupes d'établissements qu'à la condition de le faire dans tous les établissements ou groupes d'établissements avec les seuls représentants des organisations syndicales représentatives dans ceux-ci. Cette solution se justifie essentiellement par la volonté d'éviter l'absence de négociation dans certains établissements qui seraient dépourvus de délégués syndicaux. La négociation décentralisée n'est donc possible que si tous les établissements sont dotés de représentants d'organisations syndicales représentatives, à défaut certains salariés pourraient être lésés.

523. Unanimité de l'accord de décentralisation de la négociation ?.- Il apparaît toutefois que la question du caractère unanime ou non de l'accord autorisant la décentralisation de la négociation n'est pas tranchée par la jurisprudence. Compte tenu du fait que ceux qui se prononcent ne sont pas ceux qui disposent normalement de la prérogative, il faudra obtenir l'accord de toutes les organisations syndicales représentatives dans les établissements de l'entreprise par la voix des délégués syndicaux qu'elles auront désignés. A l'inverse, ils devront être tous d'accord et obtenir l'aval de l'employeur. Il faut bien souligner que la construction jurisprudentielle n'est pas sans failles, notamment car les organisations syndicales se prononçant sur la décentralisation ne sont pas celles qui disposent normalement du droit de négocier mais celles qui bénéficieront de ce droit : l'unanimité doit donc bien être retenue. Au-delà du cadre de l'entreprise, d'autres interrogations peuvent survenir.

II. Les cas particuliers

524. Si les unités économiques et sociales pouvaient entrer, en tant que telles, dans le champ d'application de la négociation obligatoire⁵⁴⁴, il convient de rechercher comment celle-ci pourrait se tenir (A). De plus, les articles L. 2242-15 et suivants du Code du travail font entrer dans le champ d'application de la négociation triennale obligatoire des groupes d'entreprises : la négociation semble donc pouvoir se dérouler à ce niveau (B).

⁵⁴³ Cass. Crim., 4 décembre 1990, n°89-83.283, Bull. Crim., 1990, n°416.

⁵⁴⁴ Ce qui correspondrait à une position de prudence, Cf. Titre I, Chapitre I, Section 1, Sous-section 2, §1, B.

A – Les unités économiques et sociales

525. Il est possible de considérer que les unités économiques et sociales n'entrent pas, par principe, dans le champ d'application de la négociation obligatoire⁵⁴⁵. Cependant, partant du postulat qu'elles peuvent y être assujetties, différentes situations doivent être distinguées en fonction de leur structure : elles peuvent être mono-établissements (1) ou être divisées en plusieurs établissements distincts au sens des institutions représentatives du personnel (2).

1° Les unités économiques et sociales mono-établissement

526. Dès lors que l'unité économique et sociale n'est constituée que d'un établissement au sens des institutions représentatives du personnel, les résultats à prendre en compte pour apprécier la représentativité des organisations syndicales et déterminer les salariés qui peuvent être désignés délégués syndicaux sont ceux du premier tour des élections du comité d'entreprise institué au niveau de l'unité économique et sociale. C'est seulement dans ce périmètre que les désignations pourront avoir lieu, et que les sections syndicales existeront. Or, chacune des sociétés composant l'unité économique et sociale est débitrice de l'obligation de négocier. Retenir que cette dernière entité puisse entrer dans le champ d'application des articles L. 2242-1 et suivants du Code du travail conduit alors à considérer que l'obligation de négocier ne pouvant être satisfaite qu'à son niveau, c'est bien l'unité économique et sociale qui en est débitrice.

527. Toutefois, n'ayant pas la personnalité morale, les représentants de l'employeur, dans chacune des sociétés la composant, doivent donner délégation à l'un d'eux pour tenir la négociation. Celle-ci n'a lieu qu'au niveau central, seul niveau où il existe une représentation syndicale. Cette hypothèse correspond à un cas où l'unité économique et sociale est, en réalité, assimilée à une entreprise. Le raisonnement est bien différent dans le cas où plusieurs établissements peuvent être distingués.

⁵⁴⁵ Cf. Titre I, Chapitre I, Section 1, Sous-section 2, §1, B.

528. Pluri-établissements qui ne coïncident pas avec les sociétés.- En premier lieu, l'unité économique et sociale peut être divisée en établissements distincts au sein desquels est constitué un comité d'établissement, l'ensemble de la construction étant coiffé par un comité central d'entreprise. Lorsque les établissements ne coïncident pas avec les sociétés, personnes morales, composant l'unité économique et sociale, il semblerait que la situation puisse être comparée à celle d'une entreprise divisée en établissements distincts. La négociation obligatoire se tient au niveau central et n'est décentralisée qu'à certaines conditions⁵⁴⁶.

529. Dans une telle situation, l'unité économique et sociale ne disposant pas de la personnalité morale, la négociation obligatoire se tient avec le ou les représentants de toutes les entreprises qui la composent. Ces dernières restent toutefois débitrices de l'obligation de négocier, mais l'absence de sections syndicales et de délégués syndicaux qui leur soient propres soulève l'interrogation de savoir si elles sont réellement assujetties ou si c'est uniquement l'unité économique et sociale qui l'est. Dans ce cas, le fait que la négociation se tienne au niveau central se justifierait pleinement. Les problématiques sont bien différentes lorsque les établissements ont des périmètres concordants avec les sociétés formant l'unité économique et sociale.

530. Pluri-établissements qui coïncident avec les sociétés.- En second lieu, lorsque les établissements coïncident avec les sociétés, personnes morales, composant l'unité économique et sociale, les institutions représentatives du personnel qui existent à leur niveau sont des comités d'établissements. Dès lors, ce sont bien les entreprises qui sont débitrices de l'obligation de négocier. Or des délégués syndicaux ont normalement été désignés en leur sein, les résultats du premier tour des élections au comité d'établissement permettant ici, paradoxalement, de déterminer les organisations syndicales représentatives au sein de ces sociétés. Les délégués syndicaux disposent donc de la prérogative de négocier dans ce périmètre. La mise en œuvre de l'obligation de négocier ne peut ici se faire selon la transposition des positions jurisprudentielles et administratives sur l'entreprise qui ne sont pas adaptées en l'espèce.

⁵⁴⁶ Cf. Titre II, Chapitre I, Section 1, Sous-section 1, §1, I.

531. En principe, la négociation doit se tenir au niveau central, ici l'unité économique et sociale. Or, en l'espèce, ce sont des délégués syndicaux d'établissements, désignés au sein d'entreprises composant une entité plus large, qui sont créanciers dans chacune d'elles d'un droit à tenir la négociation obligatoire. Ainsi, on se trouve dans l'hypothèse où elle devrait avoir lieu dans les établissements et ce n'est qu'en cas d'accord de l'ensemble des organisations syndicales représentatives à ce niveau qu'elle pourrait être ouverte avec les délégués syndicaux centraux. Les conditions, dégagées par la Cour de cassation, devant être réunies pour tenir une négociation obligatoire décentralisée ne sont donc pas adaptées à l'architecture juridique de l'unité économique et sociale. De plus, si l'une des organisations syndicales représentatives au niveau central demande l'ouverture de la négociation obligatoire aussi à ce niveau, il semble difficile de lui refuser : deux négociations coexisteront dans des périmètres différents mais sur des thèmes identiques. En outre, on peut s'interroger sur le principe selon lequel la négociation de groupe n'a pas vocation à se substituer à la négociation d'entreprise peut être transposée au cas particulier de l'unité économique et sociale.

B – Les groupes d'entreprises

532. L'accord de groupe, initialement caractérisé par la jurisprudence⁵⁴⁷, a été reconnu par le législateur dans la loi du 4 mai 2004⁵⁴⁸. A été créée dans le Code du travail, une section relative aux conventions ou accords de groupes aux articles L. 2232-30 et suivants. Aux termes de l'un d'eux, « la convention ou l'accord de groupe emporte les mêmes effets que la convention ou l'accord d'entreprise »⁵⁴⁹ : dès lors le groupe peut-il être le cadre de la négociation obligatoire ? Il convient de distinguer les obligations annuelles de négocier (1) des obligations triennales (2) puisque leurs champs d'application sont différents.

1° Négociation annuelle obligatoire et groupe d'entreprises

533. Principe dégagé par la Cour de cassation et l'administration.- Pour certains thèmes de négociation, notamment l'épargne salariale⁵⁵⁰, et plus particulièrement la mise en place d'une participation des salariés aux résultats de l'entreprise, la conclusion d'un accord

⁵⁴⁷ Cass. Soc., 30 avril 2003, n°01-10.027, Bull. Civ. V, 2003, n°155

⁵⁴⁸ Loi n°2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, JO 5 mai 2004.

⁵⁴⁹ Article L. 2232-33 du Code du travail.

⁵⁵⁰ Cf. Titre I, Chapitre I, Section 2, Sous-section 1, §3, II.

de groupe semble possible. Se pose alors la question de savoir si les entreprises qui entrent dans le champ d'application de cet accord sont exonérées de leur obligation d'ouvrir la négociation sur ces thèmes. La chambre sociale de la Cour de cassation, dans l'arrêt par lequel elle a reconnu l'existence des accords de groupe⁵⁵¹, autorisait la tenue de la négociation à ce niveau en vue de conclure de tels accords pour autant qu'elle ne se substitue pas à la négociation d'entreprise. L'administration, dans la circulaire d'application⁵⁵² de la loi du 4 mai 2004⁵⁵³ qui a consacré l'existence des accords de groupe, rappelait ce principe d'autonomie entre les niveaux de négociation. Elle précise en outre que « les obligations annuelles ou pluriannuelles de négocier dans l'entreprise fixées à l'article L. 132-27 du Code du travail⁵⁵⁴ en matière de salaires effectifs, de durée effective et d'organisation du temps de travail, de prévoyance maladie, d'épargne salariale, d'égalité professionnelle continuent de relever du niveau de l'entreprise, même si un accord peut valablement être conclu dans ces domaines ». L'accord de groupe ne semble donc pas pouvoir exonérer l'employeur de l'obligation de négocier sur les différents thèmes visés aux articles L. 2242-5 et suivants du Code du travail.

534. L'exception du thème de l'intéressement, participation et épargne salariale ?.- Toutefois, en matière d'intéressement, participation et épargne salariale, l'article L. 2242-12 du Code du travail fait référence à un « accord d'intéressement, un accord de participation [...] », sans autres détails. Or, il résulte de l'article L. 3322-7 du même code qu'en matière de participation, l'accord peut être conclu au niveau du groupe selon des modalités définies⁵⁵⁵. En l'absence de précisions de l'article L. 2242-12 du Code du travail, un accord de participation conclu au niveau du groupe permet d'exonérer l'employeur d'ouvrir la négociation sur ce thème puisque l'obligation n'existe qu'à défaut de couverture des salariés par un accord.

⁵⁵¹ Cass. Soc., 30 avril 2003, Précité, note 547.

⁵⁵² Circulaire DRT n°09 du 22 septembre 2004 relative au titre II de la loi n°2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

⁵⁵³ Précitée, note 548.

⁵⁵⁴ Articles L. 2242-1 et suivants du Code du travail depuis la recodification.

⁵⁵⁵ Alinéa 2 de l'article L. 3322-7 du Code du travail :

« Cet accord est conclu selon l'une des modalités suivantes :

1° Entre le mandataire des sociétés intéressées et le ou les salariés appartenant à l'une des entreprises du groupe mandatés à cet effet par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ;

2° Entre le mandataire des sociétés intéressées et les représentants mandatés par chacun des comités d'entreprise concernés ;

3° A la suite de la ratification, à la majorité des deux tiers du personnel, d'un projet d'accord proposé par le mandataire des sociétés du groupe. S'il existe dans les sociétés intéressées une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ou, lorsque toutes les sociétés du groupe sont intéressées, s'il existe un comité de groupe, la ratification est demandée conjointement par le mandataire des sociétés du groupe et soit une ou plusieurs de ces organisations, soit la majorité des comités d'entreprise des sociétés concernées, soit le comité de groupe. La majorité des deux tiers est appréciée au niveau de l'ensemble de sociétés concernées ».

2° Négociation triennale obligatoire et groupe d'entreprises

535. Obligation incombant au groupe ou à chacune des entreprises ?.- La définition du champ d'application de la négociation triennale obligatoire, qui figure au premier alinéa de l'article L. 2242-15 du Code du travail, mentionne notamment certains groupes d'entreprises au sens de l'article L. 2331-1 du même code. Se pose donc la question de savoir si la négociation doit être engagée au niveau du groupe, assujetti ou, si les entreprises le composant et qui entrent dans le champ d'application de cette obligation de négocier au titre de leur appartenance au groupe sont individuellement débitrices de celle-ci, dès lors qu'il existe au moins une section syndicale d'organisation syndicale représentative en leur sein.

536. Une obligation de négocier dont les entreprises sont débitrices.- La seconde hypothèse devrait être retenue puisqu'il résulte de l'article L. 2242-18 du Code du travail que « si un accord est conclu sur les thèmes inclus dans le champ de la négociation triennale mentionnée à l'article L. 2242-15, les entreprises comprises dans le périmètre de l'accord de groupe sont réputées avoir satisfait aux obligations de négocier prévues par ce même article ». Ainsi, les entreprises sont bien débitrices de l'obligation de négocier et elles peuvent s'en exonérer par la conclusion d'un accord de groupe. Il n'existe donc pas, au profit des représentants des organisations syndicales représentatives au niveau du groupe, d'obligation triennale de négocier à ce niveau. Par principe, la négociation doit se tenir dans le cadre de l'entreprise.

537. Trois obligations de négocier sur des thèmes distincts.- Si l'accord de groupe conclu ne portait que sur les thèmes énoncés à l'article L. 2242-15⁵⁵⁶ du Code du travail et non ceux qui sont prévus aux articles L. 2242-19⁵⁵⁷ et L. 2242-20⁵⁵⁸ du même code, les différentes entreprises ne seraient pas exonérées de leur obligation de négocier sur ces derniers. Quant à la négociation obligatoire sur le déroulement de carrière des salariés exerçant des responsabilités syndicales et l'exercice de leurs fonctions prévue à l'article L. 2242-20 du Code du travail, contrairement aux autres thèmes de négociation triennale, rien

⁵⁵⁶ La gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences et les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise sur la stratégie de l'entreprise ainsi que ses effets prévisibles sur l'emploi et sur les salaires.

⁵⁵⁷ Les conditions de retour et de maintien dans l'emploi des salariés âgés et de leur accès à la formation professionnelle.

⁵⁵⁸ Le déroulement de carrière des salariés exerçant des responsabilités syndicales et l'exercice de leurs fonctions.

n'indique qu'un accord de groupe puisse exonérer l'employeur de son obligation. On peut toutefois raisonner par analogie et appliquer en la matière le même régime que pour les autres obligations triennales de négocier.

538. Exonération de l'obligation de négocier au titre d'un accord conclu en dehors de la négociation triennale obligatoire.- L'accord de groupe conclu sur l'un des thèmes de la négociation triennale n'est pas nécessairement à durée déterminée, même si c'est conseillé. Pour autant, ce sont bien les entreprises qui sont débitrices, à l'égard de leurs propres représentants syndicaux de l'obligation de négocier. La négociation de groupe et la négociation d'entreprise peuvent donc être synchronisées dans le temps et avoir lieu la même année, la seconde renvoyant à la première. Si tel n'était pas le cas, l'accord de groupe pourra avoir été conclu en dehors de la négociation triennale obligatoire dans certaines entreprises incluses dans son champ d'application. Il ne les exonérera que pendant une durée plus limitée. Dans le groupe, les parties à la négociation peuvent être difficiles à déterminer. Cependant, dans la majorité des cas, les parties à la négociation obligatoire sont clairement identifiées.

§2 – Les parties à la négociation obligatoire

539. L'employeur assujéti à la négociation obligatoire doit nécessairement, avant d'ouvrir celle-ci, identifier les différentes parties qui s'y rendront. Or, le Code du travail distingue les conditions de négociation et de conclusion des conventions et des accords collectifs de travail dans le cadre de l'entreprise ou de l'établissement (I) et dans le cadre du groupe (II).

I. Le cadre de l'entreprise ou de l'établissement

540. La négociation obligatoire ne déroge pas en la matière aux règles applicables pour la négociation spontanée. Ainsi, aux termes de l'article L. 2232-16 du Code du travail, « la convention ou les accords d'entreprise sont négociés entre l'employeur et les organisations syndicales de salariés représentatives dans l'entreprise ». Les partenaires patronaux (A) et salariés (B) doivent donc être identifiés.

A – La délégation patronale

541. Il résulte des articles L. 2232-16 et L. 2242-1 du Code du travail que la délégation patronale doit nécessairement comprendre un représentant de l'employeur. Celui-ci est le chef d'entreprise, ou le chef d'établissement le cas échéant, ou toute personne mandatée par celui-ci. En vertu de la théorie du mandat apparent, dès lors que la délégation salariale est fondée à considérer qu'un chef du personnel ou un directeur des ressources humaines peut engager l'entreprise en signant en son nom un accord collectif, il n'est pas nécessaire qu'un mandat spécial écrit existe⁵⁵⁹. Les textes ne sont pas plus précis sur la composition de la délégation patronale. On peut alors s'interroger sur la possible assistance de l'employeur par des personnes appartenant à l'entreprise ou extérieures à celle-ci.

542. Assistance de l'employeur par des membres de l'entreprise.- Le Professeur Pélissier considère qu'il « est peu conforme à la pratique et à l'esprit d'une négociation de prévoir qu'une partie à la négociation ne peut être représentée que par une seule personne physique et que l'autre partie peut être représentée par six, huit ou dix personnes physiques »⁵⁶⁰. Or les organisations syndicales parties à la négociation ont la possibilité de compléter leur délégation par des salariés de l'entreprise, l'employeur devrait donc, s'il le désire, pouvoir se faire assister par des personnes appartenant à l'entreprise. Une limite, logique, existe toutefois : le nombre de membres de la délégation patronale ne devrait pas être supérieur à celui de la délégation salariée.

543. Assistance de l'employeur par des personnes extérieures à l'entreprise.- Dans la mesure où la délégation salariale ne peut, normalement, être composée que de salariés de l'entreprise, l'assistance de l'employeur par des personnes étrangères à l'entreprise devrait être écartée. Toutefois, en cas d'accord de l'ensemble des organisations syndicales parties à la négociation, la présence d'un avocat, d'un expert comptable ou du représentant d'une organisation patronale pourrait être admis. Ici aussi, la délégation patronale ne devrait pas compter plus de membres que la délégation salariée.

544. Hypothèse particulière de l'entreprise à établissements distincts.- Dans le cas d'une entreprise divisée en différents établissements, la négociation se tient, sauf lorsque

⁵⁵⁹ Cass. Soc., 23 mars 1994, n°91-45.705, Inédit.

⁵⁶⁰ J. Pélissier, La négociation sur les salaires. Problèmes juridiques, Droit Social 1984, p. 681.

des conditions particulières sont réunies⁵⁶¹, au niveau central. Pour autant, l'employeur peut facilement être défini, il s'agit du chef d'entreprise. Les différents chefs d'établissements devraient, sans que cela ne pose de problèmes, se joindre à la délégation patronale en ce qu'ils sont des membres de l'entreprise.

545. Hypothèse particulière des unités économiques et sociales.- Au sein de chaque société composant l'unité économique et sociale, l'employeur est débiteur de l'obligation de négocier à l'égard des organisations syndicales représentatives. La délégation patronale est donc composée de personnes disposant de mandats des différents employeurs. L'unité économique et sociale, qui ne dispose pas de la personnalité morale, peut toutefois être le cadre de la négociation, d'autant plus lorsque les délégués syndicaux ont été désignés à ce seul niveau. Il faudra cependant admettre qu'une personne extérieure à l'entreprise assiste à la négociation d'unité économique et sociale : on se trouve en réalité dans le cadre d'une négociation inter-entreprises où une personne pourra disposer de mandats exprès des différents employeurs. Dans ce cas, l'identification des membres de la délégation salariale est bien plus aisée et ne prête pas à discussion.

B – La délégation syndicale

546. Il résulte de l'article L. 2242-1 du Code du travail que l'employeur n'est assujéti à la négociation obligatoire que dans l'hypothèse où il existe au sein de l'entreprise au moins une section syndicale d'organisation syndicale représentative⁵⁶². Pour que la négociation puisse se tenir il est alors nécessaire qu'au moins un délégué syndical ait été désigné. Seront seulement étudiés la composition (1) et les moyens attribués (2) à la délégation salariale dans les entreprises pourvues d'un ou plusieurs délégués syndicaux.

1° Composition de la délégation syndicale

547. Le délégué syndical ou les délégués syndicaux des organisations syndicales représentatives.- Aux termes du premier alinéa de l'article L. 2232-17 du Code du travail, « la délégation de chacune des organisations représentatives parties à des négociations dans l'entreprise comprend le délégué syndical de l'organisation dans l'entreprise ou, en cas de pluralité de délégués, au moins deux délégués syndicaux ». La désignation du délégué

⁵⁶¹ Cf. supra.

⁵⁶² Cf. Titre I, Chapitre I, Section 1, Sous-section 1, §1.

syndical a pour effet de lui donner, de plein droit, le pouvoir de négocier et de conclure des accords collectifs dans le périmètre dans lequel il est désigné.

548. Lorsqu'un seul niveau de représentation existe, la négociation ne peut se tenir qu'à celui-ci et le ou les délégués syndicaux peuvent facilement être identifiés. En revanche, lorsque l'entreprise est divisée en établissements distincts, la négociation obligatoire doit en principe se tenir au niveau central⁵⁶³ : le ou les délégués syndicaux centraux seront compétents. Dans le cas où l'accord unanime des parties permettrait de tenir la négociation au sein de chacun des établissements, l'administration considère⁵⁶⁴ alors que le délégué syndical central pourra faire partie de la délégation syndicale d'établissement, même si la loi n'en fait pas obligation, mais il ne bénéficiera d'aucunes prérogatives au titre de son mandat.

549. Il existe plusieurs situations dans lesquelles une même organisation syndicale représentative peut désigner plusieurs délégués syndicaux, ce qui lui permettra de composer une délégation salariale en comptant deux⁵⁶⁵. Légalement, celles-ci tiennent à des seuils d'effectifs tels que prévus aux articles L. 2143-12 et R. 2143-1 et suivants du Code du travail ou à la possible désignation d'un délégué syndical supplémentaire à certaines conditions envisagée à l'article L. 2143-4 du même code. De plus, conventionnellement, les partenaires sociaux peuvent convenir de l'existence de mandats s'ajoutant à ceux qui sont légalement imposés.

550. Des salariés de l'entreprise.- Le second alinéa de l'article L. 2232-17 dispose que « chaque organisation peut compléter sa délégation par des salariés de l'entreprise dont le nombre est fixé par accord entre l'employeur et l'ensemble des organisations mentionnées au premier alinéa. A défaut d'accord, le nombre de salariés qui complète la délégation est au plus égal, par délégation, à celui des délégués syndicaux de cette délégation. Toutefois, dans les entreprises pourvues d'un seul délégué syndical, ce nombre peut être porté à deux ». Le choix des salariés incombe alors à chaque organisation syndicale représentative. Le plus souvent, il s'agit de représentants élus du personnel, autres que les délégués syndicaux, ou de salariés dépourvus de tout mandat représentatif. Cependant, ne peuvent assister à la négociation plus de deux délégués syndicaux par organisation syndicale représentative depuis un arrêt du 5

⁵⁶³ Cf. Titre II, Chapitre I, Section 1, Sous-section 1, §1, I, A.

⁵⁶⁴ Circulaire du 25 octobre 1983 relative à l'application de la loi n°82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel.

⁵⁶⁵ Depuis un arrêt du 5 janvier 2011 de la chambre sociale de la Cour de cassation (n°09-69.732), ce nombre ne peut être dépassé que par accord entre les organisations syndicales et l'employeur.

janvier 2011⁵⁶⁶ : la Cour de cassation privilégie, de façon étonnante, la qualité de délégué syndical sur celle de salarié de l'entreprise. L'organisation syndicale qui dispose de plus de deux délégués syndicaux devra donc choisir parmi ces derniers ceux qui participeront à la négociation.

551. L'accord définissant la composition de la délégation syndicale doit être unanime, les parties disposant de toute liberté pour fixer le nombre de salariés par délégation : il pourra le prévoir identique pour toutes les organisations syndicales ou le déterminer en tenant compte de la représentativité de chacune d'entre elles. En l'absence d'accord, le nombre de salariés est au plus égal au nombre de délégués syndicaux sauf dans le cas où le délégué syndical est unique⁵⁶⁷.

552. Des personnes extérieures à l'entreprise ?.- Dans un arrêt de principe du 19 octobre 1994⁵⁶⁸, la chambre sociale de la Cour de cassation a indiqué qu'il résultait de l'article L. 2232-17 du Code du travail que la délégation salariée ne pouvait pas comprendre de personnes étrangères à l'entreprise. Toutefois, elle admet qu'un usage ou un accord entre l'employeur et les organisations syndicales représentatives parties à la négociation puisse permettre à des personnes extérieures d'y participer. Dès lors des représentants syndicaux non salariés de l'entreprise peuvent assister le délégué syndical. De plus, en application de l'article L. 2232-19 du Code du travail, les délégués syndicaux d'organisations syndicales représentatives d'entreprises extérieures ont la possibilité de demander à être entendus lorsque les négociations dans l'entreprise utilisatrice de salariés extérieurs sont susceptibles d'avoir des incidences sur la situation de ceux-ci. Cette prérogative ne leur permet pas, pour autant, de participer à la négociation et ne peut leur conférer le droit d'être intégré dans les délégations salariées. Celles-ci bénéficient de certains moyens.

2° Moyens attribués à la délégation syndicale et à ses membres

553. Un crédit d'heures global.- Aux termes de l'article L. 2143-16 du Code du travail, « chaque section syndicale dispose, au profit de son ou de ses délégués syndicaux et des salariés de l'entreprise appelés à négocier la convention ou l'accord d'entreprise, en vue de la préparation de la négociation de cette convention ou de cet accord, d'un crédit global

⁵⁶⁶ Cass. Soc., 5 janvier 2011, n°09-69.732, Bull. Civ. V, 2011, n°6.

⁵⁶⁷ Celui-ci pourra alors être assisté de deux salariés.

⁵⁶⁸ Cass. Soc., 19 octobre 1994, n°91-20.292, Bull. civ. V, 1994, n°281.

supplémentaire dans la limite d'une durée qui ne peut excéder : 1° dix heures par an dans les entreprises de cinq cents salariés et plus ; 2° quinze heures par an dans celles de mille salariés et plus ». Le crédit d'heure est donc réparti entre les délégués syndicaux et les salariés participant à la négociation, l'employeur devant en être informé. Il résulte de la lettre du texte qu'il est alloué globalement et annuellement quel que soit le nombre de négociations se tenant au cours de l'année dans l'entreprise⁵⁶⁹ : en raison de sa périodicité il serait implicitement destiné à permettre une bonne préparation de la négociation annuelle obligatoire par les différentes organisations syndicales représentatives.

554. L'indemnisation individuelle du temps passé à la négociation.-

Conformément à l'article L. 2143-18 du Code du travail, les heures passées en négociation ne s'imputent pas sur les temps de délégation et sont considérées comme du temps de travail rémunérées à échéance normale. Il faut en déduire que le temps passé à la négociation au-delà de la durée légale ou conventionnelle pour le calcul des heures supplémentaires donne lieu aux majorations prévues. L'administration, dans une circulaire du 25 octobre 1983⁵⁷⁰, estime en outre que les frais de déplacements des membres des délégations salariées doivent être pris en charge par l'employeur. La chambre sociale de la Cour de cassation, dans un arrêt postérieur⁵⁷¹, a pu considérer qu'en l'absence d'usage ou d'accord prévoyant cette indemnisation, elle ne peut être imposée à l'employeur. Cette position évoluerait probablement aujourd'hui, et ce d'autant plus dans des entreprises à établissements distincts ou dans des groupes.

II. Le cadre du groupe

555. Aux termes de l'article L. 2232-31 du Code du travail, « la convention ou l'accord de groupe est négocié et conclu entre : d'une part, l'employeur de l'entreprise dominante ou un ou plusieurs représentants, mandatés à cet effet, des employeurs des entreprises concernées par le champ de la convention ou de l'accord ; d'autre part, les organisations syndicales de salariés représentatives dans le groupe ou dans l'ensemble des entreprises concernées par le champ de la convention ou de l'accord ». Pour ces négociations,

⁵⁶⁹ Comme l'a confirmé la Cour de cassation, ce crédit d'heures n'est pas alloué pour la négociation de chaque accord pouvant être conclu au cours d'une année.

⁵⁷⁰ Circulaire du 25 octobre 1983 relative à l'application de la loi n°82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel.

⁵⁷¹ Cass. Soc., 29 octobre 1987, n°84-45.032, Bull. Civ. V, 1987, n°608.

l'article L. 2232-32 prévoit que des coordinateurs syndicaux de groupes choisis parmi les délégués syndicaux du groupe peuvent être désignés.

556. Délégation patronale.- Il ressort de la lecture des textes que la délégation patronale est composée soit de l'employeur de l'entreprise dominante, soit d'un ou plusieurs représentants, mandatés à cet effet, des employeurs des entreprises concernées par le champ de l'accord. Ainsi, est attribué à l'employeur de l'entreprise dominante, par l'effet de la loi, un mandat de représentation de l'ensemble des entreprises qui pourraient entrer dans le champ d'application de l'accord qu'il serait susceptible de signer. L'administration a considéré que ce mandat était exprès et que l'employeur de la société dominante n'a pas à en justifier⁵⁷², et ce même si cette dernière n'entre pas dans le champ de l'accord. De plus, l'employeur de l'entreprise dominante peut mandater un ou plusieurs autres employeurs compris dans le champ de l'accord pour représenter l'ensemble des entreprises concernées. On peut ainsi constater qu'en la matière, les règles sont très souples. Toutefois, il faudra être en mesure d'apporter la preuve d'un mandat exprès afin de bénéficier, au niveau des entreprises, de l'éventuelle exonération d'ouvrir la négociation sur les thèmes traités.

557. Délégation syndicale.- Les textes font ici application du principe de concordance consacré par l'article 4-1 de la position commune du 9 avril 2008⁵⁷³ : seules les organisations syndicales représentatives au niveau du groupe peuvent négocier dans ce périmètre. Implicitement, il résulte d'une lecture de l'article L. 2232-32 du Code du travail que les organisations syndicales concernées sont représentées soit par les délégués syndicaux désignés au sein des entreprises constituant le groupe, soit par un ou des coordinateurs syndicaux. Ces derniers sont nécessairement choisis parmi les délégués syndicaux désignés par l'organisation syndicale concernée au sein de l'une des entreprises du groupe entrant dans le champ d'application de l'accord négocié. Aucun statut particulier n'est prévu pour les coordinateurs syndicaux de groupe, mais un accord collectif conclu à ce niveau ou à celui des entreprises pourrait notamment prévoir des heures de délégation à ce titre ou une protection particulière. Dès lors que les parties à la négociation obligatoire, quel que soit le niveau auquel elle se tient, ont été identifiées, un grand nombre de questions surviennent quant à son

⁵⁷² Circulaire DRT du 22 septembre 2004 relative au titre II de la loi n°2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

⁵⁷³ Position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme : « la reconnaissance de la représentativité d'une organisation syndicale suivant les nouvelles règles [...] lui confère la capacité à négocier au niveau où cette représentativité lui a été reconnue ».

organisation. Les règles relatives à la négociation spontanée ont-elles vocation à s'appliquer en l'espèce ? Ou des règles spéciales sont-elles prévues par les textes ?

Sous-section 2 – L'organisation de la négociation obligatoire

558. L'organisation de la négociation obligatoire, contrairement à celle de la négociation spontanée, est encadrée par de nombreuses règles spéciales. Le législateur a prévu une procédure stricte d'ouverture de la négociation (§1) et des dispositions spéciales relatives aux réunions de négociation (§2). Les apports de l'administration et de la jurisprudence en la matière ne doivent pas être négligés.

§1. L'ouverture de la négociation obligatoire

559. L'ouverture de la négociation obligatoire répond à une procédure stricte, contrairement à la négociation spontanée, l'initiative de son engagement n'appartient pas aux deux parties (I). En outre, le refus d'ouvrir la négociation peut être sanctionné pénalement (II).

I. Initiative de l'engagement de la négociation

560. Aux termes de l'article L. 2242-1 du Code du travail, il apparaît que l'initiative de la négociation appartient à l'employeur (A). Ce n'est donc qu'en cas de carence de celui-ci que la négociation obligatoire s'ouvre à la demande de l'une des organisations syndicales représentatives (B).

A – Initiative de l'employeur

561. Obligation périodique de l'employeur.- Le premier alinéa de l'article L. 2242-1 du Code du travail dispose que « dans les entreprises où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives, l'employeur engage chaque année la négociation [...] ». Ainsi, c'est à l'employeur qu'incombe l'ouverture de la négociation, et ce, quels que soient les thèmes prévus⁵⁷⁴ : tant les obligations annuelles que

⁵⁷⁴ Cf. Titre I, Chapitre I, Section II.

triennales de négocier sont concernées⁵⁷⁵. Le fait qu'un accord ait été signé sur l'un de ces thèmes, pour une durée supérieure à la périodicité de négociation prévu pour celui-ci⁵⁷⁶, n'a pas pour effet de la reporter même si sa portée pourrait ainsi être limitée.

562. Computation du délai de douze mois devant séparer deux négociations.- Si le texte indique que la négociation est engagée « chaque année », aucune précision n'est donnée sur la computation d'un éventuel délai. Le Professeur Pélissier considérait ainsi que « tant que l'année n'est pas achevée, l'employeur qui n'a pas pris d'initiative n'a pas commis d'infraction »⁵⁷⁷. Dès lors, les réunions de la négociation annuelle obligatoire de l'année N et celles de l'année N+1 ne pourraient pas se tenir dans une même année civile : la clôture de la première et l'ouverture de la seconde se trouveraient alors espacées de plus de douze mois.

563. Dans un premier temps, l'administration avait retenu cette position : elle considérait dans une circulaire du 5 mai 1983⁵⁷⁸, qu'il « n'est pas contraire à l'esprit de la loi, et il est sans doute conforme aux pratiques observées que la négociation annuelle obligatoire prenne place dans le cadre de l'année civile », eut égard aux thèmes sur lesquels elle portait alors⁵⁷⁹.

564. Puis, dans un deuxième temps, par la circulaire du 25 octobre 1983⁵⁸⁰, sa position a évolué, l'initiative de l'employeur devait survenir dans les douze mois suivants la précédente négociation annuelle obligatoire, contrairement à la négociation qui se tient au niveau de la branche et qui, elle, a pour cadre l'année civile. Une question restait alors en suspens : était-ce le début ou la fin de la négociation qui devait servir de point de départ au calcul du délai de douze mois ? Prendre en compte l'ouverture semble plus logique puisque la négociation n'est pas arrivée à son terme, on ne peut savoir quand elle se terminera : si elle s'étalait sur plusieurs mois, le délai entre la clôture de la négociation et l'ouverture de celle de l'année suivante pourrait se trouver bien inférieur à douze mois. Toutefois, il semble plus

⁵⁷⁵ Pour les négociations triennales, l'article L. 2242-15 du Code du travail mentionne d'ailleurs expressément que c'est l'employeur qui engage la négociation.

⁵⁷⁶ Cf. Titre I, Chapitre I, Section II.

⁵⁷⁷ J. Pélissier, La négociation sur les salaires : problèmes juridiques, Droit Social 1984, p. 680.

⁵⁷⁸ Circulaire DRT n°8 du 5 mai 1983 relative à l'application des dispositions de la loi n°82-957 du 13 novembre 1982 concernant l'obligation annuelle de négocier dans les entreprises, JO 3 juillet 1983.

⁵⁷⁹ Notamment le thème des salaires effectifs pour lequel le cadre de l'année civile « permet une prévision en matière salariale parallèle à celle des autres données économiques et sociales ».

⁵⁸⁰ Circulaire du 25 octobre 1983 relative à l'application de la loi n°82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel.

conforme à l'esprit des textes que chaque année civile voit l'ouverture d'une négociation annuelle obligatoire⁵⁸¹.

565. Ainsi, dans un troisième temps, dans la circulaire du 23 décembre 1986⁵⁸², l'administration a définitivement tranché, considérant que le calcul du délai de douze mois doit s'effectuer à compter de la date du début de la dernière négociation. Cependant, compte tenu de l'évolution de la position du ministère du travail sur ce point et, en l'absence de texte précis ou de jurisprudence, un employeur pourrait probablement considérer que le délai de douze mois s'apprécie entre le terme de la négociation et l'engagement de la suivante. Par prudence, si une organisation syndicale représentative lui faisait la demande d'ouvrir la négociation annuelle obligatoire douze mois après l'ouverture de la précédente, il semble préférable d'y accéder.

566. Cas particulier de l'absence de négociation précédente.- Lorsque la négociation annuelle obligatoire ne s'est jamais tenue dans l'entreprise soit parce que celle-ci ne disposait pas, jusqu'alors, de sections syndicales d'organisations syndicales représentatives, soit parce qu'aucun délégué syndical n'avait été désigné, on pourrait considérer que l'employeur ait douze mois à compter de l'événement l'assujettissant à l'obligation de négocier pour ouvrir la négociation. L'administration, de façon incidente, a confirmé cette position⁵⁸³. Par prudence, il serait opportun d'engager la négociation au cours de l'année civile de survenance de l'événement.

567. Les autres délais de négociation.- Pour les thèmes de la négociation triennale obligatoire, les textes ne sont pas plus précis. Le législateur, à l'article L. 2242-15 du Code du travail, emploie la même formule qu'à l'article L. 2242-1 du même code. On peut donc en déduire que le délai de douze mois doit être remplacé par un délai de trente-six mois, les modalités de computation de celui-ci étant identiques. Si l'employeur ne prend pas l'initiative

⁵⁸¹ Ce qui pourrait ne pas être le cas si le terme de la précédente négociation était pris en compte : ayant été ouverte le 1^{er} décembre de l'année N et s'achevant le 15 janvier de l'année N+1, l'employeur ne serait contraint de l'ouvrir qu'à compter du 14 janvier de l'année N+2. Aucune négociation annuelle obligatoire ne serait donc ouverte au cours de l'année N+1.

⁵⁸² Circulaire DRT n°16 sur l'application des dispositions de la loi n°82-957 du 13 novembre 1982 concernant l'obligation annuelle de négocier dans les entreprises.

⁵⁸³ Circulaire DSS/5C/DGT/20111/92 du 7 mars 2011 relative à la mise en œuvre et au contrôle du mécanisme de conditionnalité des allègements de cotisations sociales prévu par l'article 26 de la loi n°2008-1258 du 3 décembre 2008 en faveur des revenus du travail : I, 2.2.1 : « il convient de noter que la désignation d'un délégué syndical en cours d'année n'entraîne l'obligation pour l'employeur d'ouvrir la négociation annuelle sur les salaires que pour l'année civile suivante ».

d'engager la négociation dans cette période, les organisations syndicales représentatives pourront l'y contraindre.

B – Carence de l'employeur

568. Caractère subsidiaire de l'initiative syndicale.- Aux termes du deuxième alinéa de l'article L. 2242-1 du Code du travail, « à défaut d'une initiative de l'employeur depuis plus de douze mois suivant la précédente négociation, celle-ci s'engage obligatoirement à la demande d'une organisation syndicale représentative ». Cette possibilité a un caractère subsidiaire puisqu'elle ne peut être exercée qu'à deux conditions : la carence de l'employeur et un délai de plus de douze mois écoulé depuis la précédente négociation.

569. A la lecture des textes, la demande d'une seule organisation syndicale, même minoritaire ou catégorielle, dès lors qu'elle est représentative, suffit à contraindre l'employeur à engager la négociation. En ce cas, il transmet la demande de négociation aux autres organisations syndicales représentatives dans un délai de huit jours à compter de celle-ci. Aux termes du dernier alinéa de l'article L. 2242-1 du Code du travail, la négociation s'engage dans un délai de quinze jours suivant la formulation de la demande. Le refus de l'employeur l'exposera à des sanctions.

II. Sanctions du refus d'ouvrir la négociation

570. Les manquements de l'employeur à son obligation d'ouvrir la négociation peuvent être sanctionnés sur le plan pénal (A) mais aussi sur le plan civil ou financier (B).

A – La sanction pénale du manquement de l'employeur à son obligation de négocier

571. Il résulte de l'article L. 2243-1 du Code du travail que « le fait de se soustraire aux obligations prévues à l'article L. 2242-1 relatives à la convocation des parties à la négociation annuelle et à l'obligation périodique de négocier, est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3750€ ». Le délit caractérisé dans ce texte a été qualifié par la chambre criminelle de la Cour de cassation de délit d'entrave à l'exercice du droit syndical⁵⁸⁴.

⁵⁸⁴ Notamment, Cass. Crim., 30 novembre 1993, n°93-81.291, Inédit.

572. Seul le manquement de l'employeur à l'obligation d'engager les négociations est réprimé par ce texte. Aussi, le comportement de l'employeur au cours de la négociation ne peut être sanctionné sur ce fondement, quand bien même le représentant de l'employeur y aurait eu une attitude passive voire d'opposition systématique ne permettant aucune discussion de fond⁵⁸⁵. Des sanctions d'autres natures peuvent également être envisagées.

B – Les autres sanctions

573. Sanction civile.- L'administration, dans une circulaire du 25 octobre 1983⁵⁸⁶, a rappelé que « dans tous les cas où une disposition de la loi rend obligatoire une négociation dans l'entreprise, l'intervention du juge des référés pourrait être sollicitée en application des articles 808 et 809 du Code de procédure civile ». Celui-ci a, en vertu de ces deux articles, le pouvoir de prescrire les mesures qui s'imposent pour faire cesser un trouble manifestement illicite. En l'espèce, il pourrait ordonner à l'employeur, le cas échéant sous astreinte, d'engager la négociation obligatoire. De même, il a été jugé que le juge des référés pouvait imposer la communication à tout syndicat représentatif dans l'entreprise de la liste des négociations collectives d'entreprise en cours ou à venir, qu'elles soient obligatoires ou non⁵⁸⁷. Le juge des référés peut également imposer à l'employeur la convocation de l'ensemble des organisations syndicales représentatives aux réunions de négociation. Alors, la violation du caractère sérieux et loyal de celle-ci sera aussi sanctionnée financièrement.

574. Sanction financière.- L'article 26 de la loi du 3 décembre 2008 en faveur des revenus du travail⁵⁸⁸ a institué un mécanisme de conditionnalité de certains allègements et exonérations de cotisations patronales de Sécurité sociale. Ainsi, lorsque l'employeur ne remplit pas, au cours d'une année civile, son obligation d'ouvrir la négociation sur le thème des salaires effectifs⁵⁸⁹, le montant de certains allègements de charges sociales est diminué de 10% au titre des rémunérations versées cette même année. Cette réduction est supprimée lorsque l'employeur ne s'acquitte pas de son obligation pour la troisième année consécutive. D'après l'administration⁵⁹⁰, cette obligation d'engager la négociation sera appréciée au niveau

⁵⁸⁵ Cass. Crim., 4 octobre 1989, n°88-86.163, Bull. Crim., 1989, n°341.

⁵⁸⁶ Circulaire du 25 octobre 1983 relative à l'application de la loi n°82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel.

⁵⁸⁷ Cass. Soc., 13 juillet 1988, n°86-16.302, Bull. Civ., V, 1988, n°454.

⁵⁸⁸ Loi n°2008-1258 du 3 décembre 2008 en faveur des revenus du travail, JO 4 décembre 2008.

⁵⁸⁹ Prévu au 1° de l'article L. 2242-8 du Code du travail.

⁵⁹⁰ Circulaire DSS/5B/DGT/2009/145 du 29 mai 2009 relative à la mise en œuvre du mécanisme de conditionnalité des allègements de cotisations sociales à laquelle s'est substituée la Circulaire DSS/5C/DGT/2011/92 du 7 mars 2011 relative à la mise en œuvre et au contrôle du mécanisme de

de l'entreprise et donnera lieu à un contrôle *a posteriori* de l'inspection du travail ou des inspecteur du recouvrement appartenant à l'URSSAF. L'employeur doit donc, *a minima*, attester de l'engagement loyal et sérieux des négociations sur les mesures permettant de supprimer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes. L'article L. 2242-10 du Code du travail précise que cela implique que l'employeur ait convoqué à la négociation les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, fixé le lieu et le calendrier des réunions, communiqué aux organisations syndicales les informations nécessaires pour leur permettre de négocier en toute connaissance de cause et répondu de façon motivée aux éventuelles propositions des organisations syndicales. Le contrôle ne portera donc pas uniquement sur l'ouverture de la négociation mais aussi, en partie, sur le déroulement de celle-ci.

§2. La tenue des réunions de négociation

575. Le déroulement de la négociation obligatoire est assez proche de celui de la négociation spontanée. Toutefois, des règles propres à la convocation des organisations syndicales (I) ou à ses modalités (II) sont sanctionnées (III) lorsqu'elles ne sont pas respectées.

I. La convocation à la négociation obligatoire

576. Pour engager la négociation, l'employeur convoque les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise. La convocation répond à un certain formalisme (A), ses destinataires doivent être identifiés (B).

A – Date et forme de la convocation

577. Date de la convocation.- En principe, l'organisation de la première réunion de la négociation annuelle obligatoire incombe à l'employeur. Il est libre dans la détermination de la date de convocation adressée aux parties. Cependant, dans l'hypothèse où il n'aurait pas engagé la négociation dans un délai de douze mois à compter de la précédente négociation, si une ou plusieurs organisations syndicales représentatives lui en faisaient la demande, il serait contraint d'adresser une convocation dans les quinze jours suivant cette requête. Le délai

conditionnalité des allègements de cotisations sociales prévu par l'article 26 de la loi n°2008-1258 du 3 décembre 2008 en faveur des revenus du travail.

entre la convocation et la date de la première réunion n'est pas précisé par les textes. Il est raisonnable s'il n'est ni trop bref pour permettre aux parties de se préparer, ni trop long pour ne pas laisser suspecter une manœuvre dilatoire.

578. Formalisme de la convocation : mode de preuve.- Afin de s'aménager un mode de preuve, il est recommandé à l'employeur d'adresser la convocation par un écrit remis en main propre contre décharge ou envoyé par lettre recommandée avec accusé de réception, et d'y indiquer l'objet, le lieu, la date et l'heure de la première réunion de négociation⁵⁹¹. Si l'employeur décide de mener les négociations au niveau des établissements, l'ensemble des organisations syndicales représentatives au sein de ceux-ci ne doivent pas s'y opposer et tous les établissements doivent être le siège de la négociation obligatoire. Ici encore, un écrit s'impose. Ces modes de preuves trouvent leur utilité dans le cas d'un éventuel contentieux.

B – Les destinataires de la convocation

579. Les organisations syndicales représentatives ayant constitué une section syndicale dans l'entreprise.- Toutes les organisations syndicales représentatives doivent être convoquées à la négociation. Un accord ne peut pas être conclu ou révisé sans que l'ensemble des organisations syndicales représentatives ait été invité à sa négociation. La validité de l'accord est remise en cause si certaines n'ont pas été convoquées⁵⁹² ou s'il apparaît que des négociations séparées ont eu lieu, même sous pression de l'une des organisations syndicales⁵⁹³. De plus, lorsqu'au niveau des établissements, plusieurs organisations syndicales représentatives au sein de l'entreprise appartiennent à une même fédération syndicale, l'employeur n'est pas tenu d'inviter l'intégralité de celles-ci quand elles se prévalent d'une même affiliation au niveau national⁵⁹⁴.

580. Le cas de la révision envisagée d'un accord antérieur.- Dans l'hypothèse où la négociation obligatoire pourrait aboutir à la révision d'un accord préexistant, on peut se demander si les seules organisations syndicales représentatives qui doivent être invités sont les signataires. La chambre sociale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 26 mars 2002⁵⁹⁵,

⁵⁹¹ M. Despax, Traité de droit du travail de G.H. Camerlynck, tome VII, négociations, conventions et accords collectifs : Dalloz, 2^e édition, 1974.

⁵⁹² Cass. Soc., 2 décembre 1998, n°97-11.677, Bull. Civ. V, 1998, n°532 et Cass. Soc., 17 septembre 2003, n°01-10.706, Bull. Civ. V, 2003, n°240.

⁵⁹³ Cass. Soc., 13 juillet 1988, n°86-16.302, Bull. Civ. V, 1988, n°454.

⁵⁹⁴ Cass. Soc., 16 janvier 2008, n°07-60.163, Bull. Civ. V, 2008, n°9.

⁵⁹⁵ Cass. Soc., 26 mars 2002, n°00-17.231, Bull. Civ. V, 2002, n°107.

a rappelé que toutes les organisations syndicales qui ont un délégué syndical dans l'entreprise doivent être convoqués à la négociation, y compris lorsque la négociation porte sur des accords de révision. Ces derniers ne pourront, toutefois, être conclu qu'avec les organisations syndicales signataires de l'accord initial, et les non-signataires à la condition qu'ils aient préalablement adhéré à celui-ci.

581. Identification des destinataires dans les faits de la convocation.- Les organisations syndicales représentatives doivent être convoquées à la négociation. Dans les faits, la section syndicale est destinataire de la convocation. Préalablement à son envoi, l'employeur s'informe en pratique auprès de toutes les organisations syndicales représentatives ayant désigné un ou des délégués syndicaux de la composition de la délégation qu'elles souhaitent constituer pour la négociation. Il peut aussi leur demander de lui fournir le nom des salariés de l'entreprise la complétant. Il est préférable d'adresser ces demandes par écrit afin d'éviter toutes contestations ultérieures.

582. « L'information-invitation » des organisations syndicales représentatives n'ayant pas désigné de délégué syndical.- Dans l'hypothèse où seulement certaines organisations syndicales représentatives auraient désigné un délégué syndical, se pose la question de la convocation des organisations syndicales représentatives qui n'y auraient pas procédé. Une « information-invitation » pourra être envisagée : l'employeur informe la fédération syndicale dont dépend la section syndicale qu'il va engager la négociation obligatoire au sein de l'entreprise, et l'invite à désigner un délégué syndical pour y participer. Si une telle désignation a lieu, une convocation à la première réunion de négociation lui est alors envoyée par l'employeur.

II. Les modalités de négociation

583. Il résulte d'une lecture implicite de l'article L. 2242-2 du Code du travail que la négociation obligatoire compte au moins deux réunions (A). En outre, contrairement à la négociation spontanée, des informations déterminées par les textes sont remises aux délégations syndicales (B).

A – Les réunions de négociation

584. Première réunion ou réunion préparatoire.- Aux termes du 1° de l'article L. 2242-2 du Code du travail, lors de la première réunion de la négociation obligatoire, sont précisés « le lieu et le calendrier des réunions ». On peut considérer qu'il s'agit d'une réunion préparatoire. Tout d'abord, au cours de celle-ci, les parties recherchent un accord sur une composition particulière des délégations syndicales : le nombre de salariés la composant pouvant être augmenté par accord unanime des parties⁵⁹⁶. La détermination du lieu des réunions ne soulève, dans la majorité des cas, aucune difficulté⁵⁹⁷.

585. Au contraire, la définition du calendrier revêt une grande importance puisque certaines prérogatives de l'employeur sont suspendues le temps de la négociation annuelle obligatoire. Il ressort d'une réponse ministérielle à l'Assemblée nationale de Monsieur Auroux⁵⁹⁸ que le calendrier doit être établi par accord entre l'employeur et les organisations syndicales représentatives en la personne de leurs représentants. Il apparaît cependant qu'à défaut d'accord, l'employeur qui ne définirait pas unilatéralement le calendrier et se considérerait comme exonéré de son obligation de négocier violerait cette dernière. En ce cas, l'employeur semble devoir décider seul le nombre et le calendrier des réunions. Aucune durée maximale n'est assignée à la négociation par les textes, mais il importe de déterminer avec rigueur le calendrier car la dernière réunion de négociation prévue permet d'identifier la date de clôture de la négociation.

586. Nombre et contenu des réunions de négociation.- Les textes sont muets quant au nombre de réunions qui doivent se tenir dans le cadre de la négociation annuelle obligatoire. Cependant, le nombre total de réunions ne peut être inférieur à deux puisque la première réunion est préparatoire. Par ailleurs, si le contenu de cette dernière est défini par la loi, le calendrier peut prévoir le contenu des autres réunions de négociation. L'administration, dans la circulaire du 5 mai 1983⁵⁹⁹, a ainsi indiqué que les thèmes sur lesquels doit porter la négociation annuelle obligatoire peuvent être traités conjointement au cours des réunions. Toutefois, il faut bien veiller à ce que toutes les organisations syndicales représentatives soient convoquées à toutes les réunions et, dans l'hypothèse où l'une d'entre elles ne se

⁵⁹⁶ Cf. Titre II, Chapitre I, Section 1, Sous-section 1, §2, I.

⁵⁹⁷ Sauf dans le cas d'une entreprise comptant plusieurs établissements dans laquelle il pourrait être décidé de tenir les différentes réunions dans chacun d'eux.

⁵⁹⁸ Séance du 12 juin 1982.

⁵⁹⁹ Circulaire DRT n°8 du 5 mai 1983 relative à l'application des dispositions de la loi n°82-957 du 13 novembre 1982 concernant l'obligation annuelle de négocier dans les entreprises, JO 3 juillet 1983.

rendrait pas à une des séances, les parties présentes doivent s'en tenir à ce qui avait été initialement prévu pour éviter tout risque de contentieux⁶⁰⁰. De plus, toutes les organisations syndicales sont destinataires de toutes les informations prévues au 2° de l'article L. 2242-2 du Code du travail⁶⁰¹.

B – Les informations à fournir aux délégations syndicales

587. Date de remise des informations.- Au cours de la première réunion, sont définies les informations que remet l'employeur aux délégations syndicales sur les thèmes de la négociation et la date de leur remise. Ici encore, les parties doivent parvenir à un accord. A défaut, l'employeur définit unilatéralement la date de remise et le contenu des informations. L'administration considère toutefois qu'elles doivent être transmises aux délégations syndicales préalablement à l'ouverture de la négociation, soit avant la date de la deuxième réunion. Certaines branches professionnelles, comme celle de la Métallurgie, ont prévu qu'une partie des informations est remise aux organisations syndicales au moins deux semaines avant le début des négociations⁶⁰².

588. Informations générales.- Les informations devant être remises sont définies de manière générale, elles « doivent permettre une analyse comparée de la situation des hommes et des femmes concernant les emplois et les qualifications, les salaires payés, les horaires effectués et l'organisation du temps de travail. Elles font apparaître les raisons de ces situations »⁶⁰³. Le ministre du travail a précisé lors des débats parlementaires⁶⁰⁴ que ces informations font apparaître la répartition des hommes et des femmes dans la grille de classification, et en cas de distorsion, les raisons de celle-ci, étant indiqué que les différences de qualification peuvent être une justification. En outre, pour certains thèmes, le contenu des informations a été défini.

589. Informations à fournir en vue de la négociation sur le thème des salaires effectifs.- L'administration a détaillé le contenu des informations fixées à l'article L. 2242-2 du Code du travail sur le thème des salaires effectifs. Tout d'abord, dans la circulaire du 5 mai

⁶⁰⁰ Une organisation syndicale absente pourrait alors invoquer l'existence de négociations séparées et obtenir l'annulation des accords issus de celles-ci.

⁶⁰¹ Réponse ministérielle, Bourg-Broc, JO AN, 21 juillet 1986, p. 2188, n°64.

⁶⁰² Article 24 de l'accord national du 23 février 1982 sur la durée du travail modifié par l'accord national du 24 juin 1991 et par avenant du 29 janvier 2000, extension du 5 avril 1982, JO 23 avril 1982

⁶⁰³ Article L. 2242-2, 2° du Code du travail.

⁶⁰⁴ Réponse ministérielle, Dupilet, JO AN 2 mai 1983, p. 1996, n°26698.

1983⁶⁰⁵, la communication porte au moins sur la moyenne des salaires par catégories sans que cela ne permette, sauf accord des salariés concernés, de faire état directement ou indirectement des salaires individuels⁶⁰⁶. Ensuite, l'administration a précisé dans la circulaire du 25 octobre 1983⁶⁰⁷ que les mesures de la dispersion des rémunérations au sein de chaque catégorie⁶⁰⁸ et la moyenne des salaires par sexe doivent être indiqués. Il apparaît que les catégories visées sont issues de la classification conventionnelle applicable dans l'entreprise.

590. Ainsi, l'employeur est en mesure d'indiquer les salaires réels moyens, par catégorie professionnelle et par sexe, annuels et mensuels. De même, compte tenu de l'interprétation faite par l'administration de la notion de salaires effectifs, les informations portent également sur la décomposition des salaires réels dans les différentes catégories entre salaire de base, heures supplémentaires, prime d'ancienneté et autres primes : les critères d'attribution retenus et appliqués sont alors indiqués⁶⁰⁹. Enfin, en présence d'une catégorie de personnel comportant un nombre trop restreint de salariés, ce qui aurait pour effet de permettre de déterminer les salaires individuels, il convient de joindre les informations relatives à ceux-ci avec celles qui concernent la catégorie la plus proche.

591. De plus, aux termes des articles L. 2242-9 et L. 2242-9-1 du Code du travail, dans le cadre de l'examen par les parties de l'évolution de l'emploi dans l'entreprise, l'employeur indique « le nombre de contrats de travail à durée déterminée, des missions de travail temporaire et le nombre de journées de travail effectuées par les intéressés » et « les prévisions annuelles ou pluriannuelles d'emploi établies dans l'entreprise ». En outre, la négociation annuelle obligatoire donne lieu à une information des délégations syndicales sur les mises à disposition de salariés auprès d'organisations syndicales ou d'associations d'employeurs.

592. Informations à fournir en vue de la négociation sur la suppression des écarts de rémunération entre les femmes et les hommes.- Aucun texte ne précise les informations spécifiques à fournir par l'employeur dans le cadre de la négociation qui doit se tenir sur la suppression des écarts de rémunérations entre les femmes et les hommes

⁶⁰⁵ Précitée, note 583.

⁶⁰⁶ Sans quoi cela porterait atteinte à la protection des libertés individuelles : CA Versailles, 1^{ère} chambre, 1^{ère} Section, 27 mai 1993, n°92-3422.

⁶⁰⁷ Circulaire du 25 octobre 1983 relative à l'application de la loi n°82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel.

⁶⁰⁸ Soit le rapport entre le salaire le plus élevé et le salaire le plus bas correspondant à une catégorie donnée.

⁶⁰⁹ CA Paris, 1^{ère} chambre, Section B, 9 février 1996, n°94-25.226.

conformément à l'article L. 2242-7 du Code du travail. La circulaire du 19 avril 2007 concernant l'application de la loi n°2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes⁶¹⁰ prévoit que la négociation doit s'engager sur le diagnostic des éventuels écarts de rémunération.

593. Celui-ci se fait sur la base d'un rapport établi par l'employeur pour le comité d'entreprise. Dans les entreprises de moins de trois cents salariés, il s'agit des éléments portant sur « la situation respective des femmes et des hommes en matière d'embauche, de formation, de promotion professionnelle, de classification, de conditions de travail, de rémunération effective et d'articulation entre l'activité professionnelle et l'exercice de la responsabilité familiale » qui figurent dans le rapport sur la situation économique de l'entreprise prévu à l'article L. 2323-47 du Code du travail. Dans les entreprises de trois cents salariés et plus, c'est le rapport de situation comparée des conditions générales d'emploi et de formation des femmes et des hommes dans l'entreprise, établi en application de l'article L. 2323-57 du Code du travail, qui est remis aux délégations syndicales.

594. Informations à fournir en vue de la négociation sur la durée effective et l'organisation du temps de travail.- En matière de négociation sur la durée effective et l'organisation du temps de travail, les informations qui doivent être fournies aux délégations syndicales par l'employeur ne sont pas explicitement définies. Elles portent notamment sur les durées moyennes hebdomadaires, mensuelles et annuelles du travail, le nombre et la répartition des heures supplémentaires par catégories de salariés, les dispositions appliquées en matière d'organisation du temps de travail dans l'entreprise⁶¹¹, les modalités de décompte du temps de travail, et éventuellement la mise en place du temps partiel à la demande des salariés.

595. Informations à fournir en vue de la négociation sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.- La négociation annuelle obligatoire portant sur les objectifs d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans l'entreprise et sur les mesures permettant de les atteindre, visée à l'article L. 2242-5 du Code du travail, s'appuie « sur les éléments figurant dans le rapport de situation comparée [des conditions générales d'emploi et de formation des femmes et des hommes dans l'entreprise]

⁶¹⁰ Circulaire SDFE/DGT/DGEFP du 19 avril 2007 concernant l'application de la loi n°2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, JO du 17 mai 2007.

⁶¹¹ Notamment la répartition dans l'entreprise des horaires de travail dans le cadre de la semaine, du mois ou de l'année, l'application éventuelle de dispositifs de modulation, de conventions de forfait, etc.

prévu par l'article L. 2323-57 » du même code. Or, ce document n'est élaboré que dans les entreprises de trois cents salariés et plus, et des entreprises dont l'effectif est inférieur à ce seuil entrent dans le champ d'application de l'obligation de négocier sur ce thème. Pour ces dernières, il convient de se référer au rapport sur la situation économique de l'entreprise prévu à l'article L. 2323-47 du Code du travail. Le contenu de ces documents est défini par voie réglementaire aux articles R. 2323-9 et D. 2323-12 du même code. Un socle commun d'informations figure dans les deux rapports. Le rapport de situation comparée qui n'est obligatoire que dans les entreprises d'au moins trois cents salariés présente toutefois une analyse plus précise.

596. Informations à fournir en vue de la négociation sur l'emploi des travailleurs handicapés.- Il résulte de l'article L. 2242-14 du Code du travail que « la négociation sur l'insertion professionnelle et le maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés se déroule sur la base d'un rapport établi par l'employeur présentant la situation par rapport à l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés prévue par les articles L. 5212-1 et suivants ». En l'absence d'autres précisions, il faut considérer que les informations remises se fondent sur l'obligation d'emploi de 6% de travailleurs handicapés dans l'effectif total de l'entreprise dès lors qu'elle compte vingt salariés et plus. Elles permettront une analyse de la réalisation de l'obligation d'emploi prévue à l'article L. 5212-2 du Code du travail, notamment à l'aide des mesures prises pour l'atteindre et, le cas échéant, des justifications de la défaillance de l'employeur.

597. Lorsque les modalités de négociation ne sont pas respectées par l'employeur ou que tous les thèmes devant être abordés ne l'ont pas été, l'employeur s'expose à des sanctions de différentes natures.

III. Les sanctions encourues

598. Les sanctions en cas d'inobservation de la loi par l'employeur peuvent être de plusieurs ordres : pénales (A) et civiles (B).

A – La sanction pénale du manquement aux obligations relatives au contenu de la négociation

599. Un délit distinct du refus d’engager la négociation.- Aux termes de l’article L. 2243-2 du Code du travail, « le fait [pour l’employeur] de se soustraire aux obligations prévues aux articles L. 2242-5, L. 2242-8, L. 2242-9, L. 2242-11 à L. 2242-14 et L. 2242-19, relatives au contenu de la négociation annuelle obligatoire, est puni d’un emprisonnement d’un an et d’une amende de 3750€ ». Toutes les obligations annuelles de négociier⁶¹² sont donc visées. Si le refus d’engager la négociation, visé par l’article L. 2243-1 du Code du travail, est assimilé par la chambre criminelle de la Cour de cassation au délit d’entrave à l’exercice du droit syndical, elle ne caractérise pas le délit commis par l’employeur qui manquerait à ses obligations relatives au contenu de la négociation annuelle obligatoire. Ce texte peut être invoqué dans l’hypothèse où l’employeur engagerait bien la négociation mais refuserait de traiter certains thèmes qui doivent être abordés annuellement.

600. La question de la sanction du manquement aux obligations triennales de négociier.- Dès la création de l’obligation triennale de négociier sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences et des modalités d’information et de consultation du comité d’entreprise sur la stratégie de l’entreprise, un débat doctrinal s’est engagé quant à l’éventuelle sanction de son irrespect⁶¹³. Aucun texte ne prévoyait de sanction pénale pour cette obligation figurant à l’article L. 320-2 du Code du travail avant la recodification. Toutefois, le refus par l’employeur d’engager la négociation sur l’emploi des salariés âgés, visée au deuxième alinéa de l’article L. 132-27 du même code, pouvait être sanctionné sur le fondement de l’article L. 153-2, alors même que cette négociation s’inscrivait dans celle qui devait se tenir en application de l’article L. 320-2. Lors de la recodification, l’article L. 153-2 a été repris dans les articles L. 2243-1 et L. 2243-2. Or, si ceux-ci font référence à « la négociation annuelle obligatoire », l’obligation de négociier sur l’emploi des salariés âgés figurant à l’article L. 2242-19 du Code du travail semblait pouvoir être sanctionnée, en cas d’inexécution, sur le fondement de l’article L. 2243-2 du même code visant ce texte.

601. La réponse de la chambre criminelle de la Cour de cassation.- La chambre criminelle de la Cour de cassation, dans une question prioritaire de constitutionnalité, a

⁶¹² Cf. Titre I, Chapitre I, Section 2, Sous-section 1.

⁶¹³ B. Teyssié, A propos d’une négociation triennale : commentaire de l’article L. 320-2 du Code du travail, Droit Social 2005, p. 377 et s. ; C. Neau-Leduc, Les sanctions de la GPEC, Droit Social 2007, p. 1081 et s.

considéré que « la violation par l'employeur de son obligation triennale de négocier, prévue par les articles L. 2242-15 et L. 2242-19 n'est pas expressément incriminée par les articles L. 2243-1 et L. 2243-2 du Code du travail et ne peut être sanctionnée sur le fondement de ces textes qui ne punissent que la violation de l'obligation annuelle de négociation, prévue à l'article L. 2242-1 »⁶¹⁴. Si la solution de la Cour de cassation fait une application justifiée du principe d'interprétation stricte de la loi pénale et du principe de légalité des délits et des peines puisque la négociation triennale prévue à l'article L. 2242-15 n'était pas visée, l'exclusion de la sanction de la violation de l'article L. 2242-19 est critiquable.

602. Une position surprenante.- La recodification a été faite à droit constant. Or, il apparaît que la négociation sur l'emploi des salariés âgés prévue à l'article L. 2242-19 du Code du travail figurait auparavant à l'article L. 132-27 dont la violation était sanctionnée sur le fondement de l'article L. 153-2. De plus, l'article L. 2243-2 vise expressément ce texte. En conséquence si la négociation triennale obligatoire dans son ensemble n'entraîne pas dans le champ d'application des dispositions pénales, l'obligation triennale de négocier sur l'emploi des salariés âgés y était incluse : elle n'aurait pas dû en être exclue. Certains s'en accommodent toutefois⁶¹⁵. Ainsi, on peut considérer, aux vues de cette décision, que la négociation triennale n'a pas de caractère obligatoire, au regard des sanctions pénales qui pèsent sur l'employeur, mais seulement un caractère incitatif. D'autres sanctions pourraient cependant permettre de contraindre l'employeur à l'engager.

B – La sanction civile de l'irrespect des modalités de la négociation obligatoire

603. Caractère insuffisant des informations fournies.- Sur le fondement des articles 808 et 809 du Code de procédure civile, il est possible d'envisager qu'une organisation syndicale représentative dans l'entreprise, considérant que les informations communiquées par l'employeur aux délégations syndicales sont insuffisantes, puisse saisir le juge de référés aux fins de le voir imposer la communication de tous documents et informations jugés nécessaires, le cas échéant, sous astreinte. La Cour de cassation a confirmé, de façon incidente, la possibilité pour les organisations syndicales d'engager cette action⁶¹⁶, mais elle ne sera justifiée que dans une situation de blocage.

⁶¹⁴ Cass. Crim., 7 décembre 2010, n°10-83.902, Bull. Crim. 2010, n°198.

⁶¹⁵ A. Stocki, Les sanctions pénales de la négociation collective sur la GPEC, JCP S 2011, 1226.

⁶¹⁶ Cass. Soc., 13 juillet 1988, n°86-16.302, Bull. Civ. V, 1988, n°454.

604. Action en dommages-intérêts.- Les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, qui auraient conclu un accord à l'issue de la négociation obligatoire et y trouveraient un préjudice en raison des informations incomplètes fournies, pourraient engager une action en dommages-intérêts sur le fondement du troisième alinéa de l'article 1134 du Code civil. Le manquement à l'exigence de bonne foi de l'employeur serait alors caractérisé et donnerait éventuellement lieu à une indemnisation.

605. Reconnaissance d'une perte de chance.- La chambre sociale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 13 novembre 2008⁶¹⁷ a considéré qu'en certaines circonstances, les salariés pouvaient invoquer la perte d'une chance en raison d'un manquement de l'employeur à ses obligations relatives au contenu de la négociation. En l'espèce, un chef d'entreprise s'était engagé à négocier tous les ans, au cours de la négociation obligatoire, le montant d'une prime. Cet engagement n'ayant pas été respecté, un salarié avait invoqué une perte de chance lui causant un préjudice puisque la société n'avait pas rempli ses obligations. On peut noter ici que le salarié aurait tout aussi bien pu engager la responsabilité des organisations syndicales représentatives à qui il appartenait aussi de demander à ce que ce sujet soit abordé. Toutefois, l'employeur a été considéré dans cet arrêt comme seul responsable. Par ailleurs, en matière de négociation obligatoire, ce dernier voit son pouvoir de direction largement encadré.

Sous-section 3 – Les restrictions au pouvoir de direction de l'employeur

606. Aux termes de l'article L. 2242-3 du Code du travail, « tant que la négociation est en cours [...], l'employeur ne peut, dans les matières traitées, arrêter de décisions unilatérales concernant la collectivité des salariés, sauf si l'urgence le justifie ». Cette interdiction restreint le pouvoir de direction de l'employeur (§1). Si elle était violée, des sanctions particulières sont prévues (§2).

§1. L'interdiction de prendre des décisions unilatérales

607. Plusieurs notions figurant à l'article L. 2242-3 du Code du travail, telles que celles de « négociation en cours » (I) ou de « décision unilatérale concernant la collectivité des salariés » (II), doivent être précisées afin d'identifier les limites posées au pouvoir de direction de l'employeur.

⁶¹⁷ Cass. Soc., 13 novembre 2008, n°07-44.874.

I. La notion de négociation en cours

608. Les restrictions imposées à l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction résultent de l'obligation de bonne foi incombant aux parties au cours de la négociation. Pendant celle-ci, il semble logique que l'employeur ne puisse, par décision unilatérale, empiéter sur le périmètre de la négociation obligatoire lorsque celle-ci est ouverte. Il est donc primordial de déterminer les bornes temporelles qui la délimitent.

609. Date de début de la négociation obligatoire.- De prime abord, le début de la négociation annuelle obligatoire est, semble-t-il, facilement identifiable : il s'agit soit de la date de la convocation, soit de la date de la première réunion. Si la première branche de l'alternative était retenue, il faudrait donc considérer que la négociation est ouverte dès lors que la convocation a été adressée aux délégations syndicales. Se pose alors la question de savoir si l'on peut y déroger, dans le cas où l'employeur n'a pas pris l'initiative de la négociation, en retenant comme date de début celle de la demande d'ouverture des négociations faite par l'une des organisations syndicales. Le juge ne s'est pas encore prononcé sur ces difficultés, mais s'il adoptait un raisonnement téléologique, il retiendrait probablement la conception la plus extensive. En tout état de cause, il apparaît de façon certaine que lors de la première réunion, la négociation est bien en cours. Dans le cas où la date prévue pour celle-ci donnerait lieu à un report, c'est à partir de la date initiale que l'employeur devra veiller à ne pas prendre de mesures unilatérales⁶¹⁸.

610. Date de fin de la négociation obligatoire.- C'est à la dernière date de réunion prévue dans le calendrier que la négociation obligatoire est considérée comme close. Ainsi, dans l'hypothèse où la négociation obligatoire aboutirait à la conclusion d'un accord collectif, la date de fin est concomitante à celle à laquelle l'accord est conclu. De même, à l'issue de cette dernière réunion, en l'absence d'accord, l'employeur établit un procès-verbal de désaccord. Il retrouve alors l'ensemble de son pouvoir de direction.

611. Dans le cas où le calendrier de négociation ne serait pas tenu ou n'aurait pas été établi, la signature d'un accord collectif permet de dater la fin de la négociation. Cependant, le procès-verbal de désaccord dressé par l'employeur pose des difficultés : il peut provoquer la fin de la négociation de façon abusive. Le ministre du travail considère ainsi que l'employeur pourra estimer légitimement que les négociations sont terminées dès lors que les

⁶¹⁸ Cass. Soc., 29 juin 1994, n°91-18.640, Bull. Civ. V, 1994, n°219.

« organisations syndicales reprennent sans cesse et globalement les mêmes revendications avec le but manifeste de s'opposer à ce que l'employeur puisse prendre des décisions unilatérales »⁶¹⁹.

II. Les décisions unilatérales concernées

612. L'interdiction de prendre des décisions unilatérales, limitée dans le temps, ne concerne que celles ayant un caractère collectif et portant sur des thèmes de la négociation obligatoire : une augmentation individuelle, une mutation en application d'une clause de mobilité ou la conclusion d'une convention de forfait avec un salarié ne sont donc pas concernées. *A contrario*, la dénonciation d'une norme collective antérieure, comme un accord collectif, un engagement unilatéral ou un usage, constitue une décision unilatérale qui ne peut être prise par l'employeur pendant le cours de la négociation annuelle obligatoire dès lors que la norme collective en cause portait sur un des thèmes relevant de celle-ci⁶²⁰. De même, la Cour de cassation, dans un arrêt du 28 novembre 2000⁶²¹, a considéré que, lorsque l'employeur avait refusé d'aborder certains points lors de la précédente négociation annuelle obligatoire, il ne pouvait prendre de décisions unilatérales dans ces domaines jusqu'à ce que l'obligation de négocier soit respectée. En la matière, il s'agissait d'un contrat collectif d'assurance que l'employeur avait décidé de commercialiser, ce qui avait un impact important sur les commissions des salariés chargés de vendre ce type de produit : le salaire effectif d'une catégorie du personnel étant touché, cela empiète sur les thèmes de la négociation obligatoire. Si l'employeur prenait toutefois une décision unilatérale, il s'exposerait à certaines sanctions.

§2. Sanctions de la violation de l'interdiction de prendre des décisions unilatérales

613. Nullité de la décision unilatérale ?.- La position de la Cour de cassation a varié dans ce domaine. Tout d'abord, dans un arrêt du 29 juin 1994⁶²², sans viser de texte en particulier, la chambre sociale a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel. Celle-ci avait considéré que la décision unilatérale prise par l'employeur de dénoncer un accord collectif au cours de la négociation obligatoire était nulle et de nul effet puisqu'elle contrevenait aux dispositions

⁶¹⁹ Réponse ministérielle, JOAN 12 juin 1982, p. 3309.

⁶²⁰ Cass. Soc., 29 juin 1994, n°91-18.640, Bull. Civ. V, 1994, n°219 : en l'espèce, l'employeur avait dénoncé alors que la négociation était en cours un accord collectif qui prévoyait les augmentations de rémunérations et la prime de vacances.

⁶²¹ Cass. Soc., 28 novembre 2000, n°98-19.594, Bull. Civ. V, 2000, n°398.

⁶²² Précité, Cass. Soc., 29 juin 1994, n°91-18.640, note 604.

de l'article L. 2242-3 du Code du travail. Or ce texte ne prévoit pas de sanctions. La Cour de cassation s'est ici affranchie de l'adage selon lequel il n'existe pas de nullité sans texte⁶²³ afin de donner un effet utile à la loi : on peut le regretter. Dans une telle situation, l'employeur s'acquitte de son obligation de négocier puis il doit procéder de nouveau, s'il le souhaite toujours, à la dénonciation de l'accord collectif.

614. Suspension de la décision unilatérale ?.- Ensuite, la chambre sociale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 28 novembre 2000⁶²⁴, a considéré que la décision unilatérale de l'employeur, prise dans un domaine qu'il avait refusé d'aborder au cours de la précédente négociation, devait être suspendue jusqu'à ce qu'il remplisse ses obligations. Cette solution pourrait être étendue à la décision unilatérale arrêtée au cours de la négociation obligatoire, elle serait suspendue jusqu'à ce qu'elle soit close, une action en dommages-intérêts pouvant en outre être engagée par des organisations syndicales ou des salariés dès lors qu'ils seraient en mesure de prouver l'existence d'un préjudice. Cette solution jurisprudentielle semble plus adaptée car elle donne un effet au texte sans s'affranchir d'un principe général du droit.

615. La suspension en référé et l'appréciation de l'urgence.- Confirmant l'arrêt de la Cour de cassation du 28 novembre 2000⁶²⁵, il apparaît que la décision unilatérale que l'employeur arrêterait au cours de la négociation annuelle obligatoire peut faire l'objet d'une suspension dans le cadre d'une procédure de référé comme l'a admis le tribunal de grande instance de Nanterre dans une ordonnance de référé rendue le 7 novembre 2008⁶²⁶. Par exception, l'employeur peut prendre des décisions unilatérales au cours de la négociation lorsque celles-ci sont justifiées par l'urgence, appréciée par l'employeur, et donnent lieu à d'éventuels contrôles judiciaire ultérieurs. En pratique, son acceptation étant très limitée, elle semble être peu utilisée.

616. Enfin, un débat existe sur l'interprétation du terme « arrêter » dans l'article L. 2242-3 du Code du travail. Dans une acception souple, l'employeur ne peut mettre en œuvre de décision unilatérale au cours de la négociation obligatoire. Toutefois, on peut aussi soutenir que l'employeur ne peut, en retenant une conception stricte, prendre ni élaborer une décision

⁶²³ Qui trouve notamment son fondement sur une interprétation extensive de l'article 114 du Code de procédure civile : « Aucun acte de procédure ne peut être déclaré nul pour vice de forme si la nullité n'en est pas expressément prévue par la loi, sauf en cas d'inobservation substantielle ou d'ordre public ».

⁶²⁴ Précité, Cass. Soc., 28 novembre 2000, n°98-19.594, note 605.

⁶²⁵ Précité, Cass. Soc., 28 novembre 2000, n°98-19.594, note 605.

⁶²⁶ TGI Nanterre, 7 novembre 2008, n°08/02480.

unilatérale : les actes préparatoires de celle-ci qui auraient lieu au cours de la négociation seraient interdits. Cette seconde interprétation tend alors à prolonger l'interdiction d'une mise en œuvre de décisions unilatérales alors même que la négociation s'est achevée. Or, l'employeur retrouve le plein exercice de son pouvoir de direction à l'issue de la négociation.

Section 2 – L'issue de la négociation obligatoire

617. Pour l'heure, puisqu'il n'existe pas d'obligation de conclure mais une simple obligation d'ouvrir la négociation, la négociation obligatoire, comme toute négociation entre deux parties, s'achève soit par la rencontre des volontés de celles-ci, soit par un désaccord. En la matière, un certain formalisme doit être respecté : le résultat de la négociation est soit la conclusion un accord collectif (sous-section I), soit l'élaboration d'un procès-verbal de désaccord (sous-section II).

Sous-section 1 – La conclusion d'un accord collectif

618. Il y a accord lorsqu'au terme des réunions consacrées à la négociation obligatoire, la délégation patronale et la délégation syndicale acceptent de s'engager sur un texte commun. Il s'agit d'un accord collectif de droit commun : la possibilité de tenir la négociation obligatoire dans l'entreprise emporte nécessairement l'existence de délégués syndicaux dans l'entreprise. En conséquence, la conclusion d'un accord selon les modalités de négociation dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux, prévues aux articles L. 2232-21 et suivants, n'est pas envisagée. L'accord collectif de droit commun doit répondre à certaines conditions de validité (§2) et donne lieu à une consultation des institutions représentatives du personnel avant sa signature (§1). Son contenu est, de plus, déterminé au cours de la négociation (§3). Enfin, il n'entre en vigueur qu'à l'issue de certaines formalités effectuées par les parties (§4).

§1. La nécessaire information-consultation des institutions représentatives du personnel

619. Le principe de la consultation préalable du comité d'entreprise.- Depuis un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 5 mai 1998⁶²⁷, « la décision doit être précédée par la consultation du comité d'entreprise quand elle porte sur l'une des questions ou

⁶²⁷ Cass. Soc., 5 mai 1998, n°96-13.498, Bull. Civ. V, 1998, n°219.

mesures visées [aux articles L. 2323-6 et suivants], sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que la décision en cause est une décision unilatérale ou prend la forme de la négociation d'un accord collectif d'entreprise portant sur l'un des objets soumis légalement à l'avis du comité d'entreprise ; cette consultation doit avoir lieu concomitamment à l'ouverture de la négociation et au plus tard avant la signature de l'accord ». Ainsi, comme tout accord collectif, si celui qui est conclu à l'issue de la négociation annuelle obligatoire porte sur une ou des matières qui relèvent des articles L. 2323-6 et suivants du Code du travail, il doit donner lieu à une information-consultation du comité d'entreprise.

620. Une consultation du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ?.- De plus, en raisonnant par analogie, le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail peut, lui aussi, être concerné si l'accord a un impact sur les conditions de travail des salariés⁶²⁸. Se pose alors la question de savoir, lorsque le comité d'entreprise et le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail sont tous deux compétents, quelle institution doit être prioritairement consultée. Il apparaît que la seconde, en raison de sa spécialité a un avis dont le comité d'entreprise, aux compétences générales, bénéficie pour éclairer le sien. On peut donc conseiller la consultation préalable du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail.

621. Date de la consultation.- La Cour de cassation précise que la consultation doit avoir lieu « concomitamment à l'ouverture de la négociation et au plus tard avant la signature de l'accord ». Pour autant, il est très difficile d'identifier le moment auquel les négociations sont suffisamment avancées pour que l'employeur puisse envisager que leur issue va être favorable et qu'un accord va être conclu. La consultation porte alors sur le projet de conclusion d'un accord collectif, en tant que décision unilatérale de l'employeur, et sur le contenu de celui-ci. Le plus aisé est donc de soumettre à l'avis du comité d'entreprise le projet d'accord définitif qui va être soumis à la signature des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise quelques jours avant la dernière réunion de négociation.

622. Sanction du défaut de consultation.- La chambre sociale de la Cour de cassation, dans l'arrêt du 5 mai 1998⁶²⁹, précisait en outre que « le défaut de consultation du comité d'entreprise, qui peut être sanctionné par ailleurs selon les règles régissant le fonctionnement des comités d'entreprise, n'a pas pour effet d'entraîner la nullité ou

⁶²⁸ Conformément aux articles L. 4612-8 et suivants du Code du travail.

⁶²⁹ Précité, Cass. Soc., 5 mai 1998, n°96-13.498, note 627.

l'inopposabilité d'un accord collectif d'entreprise conclu au mépris de ces dispositions et dont la validité et la force obligatoire demeurent soumises aux règles qui lui sont propres ». Elle a pu énoncer par la suite que la suspension de l'accord ne pouvait pas non plus être prononcée par les juges du fond⁶³⁰. La seule sanction pouvant être prononcée est le délit d'entrave au fonctionnement du comité d'entreprise visé à l'article L. 2328-1 du Code du travail. La validité et la force obligatoire de l'accord collectif restent soumises aux conditions de validité prévues ailleurs.

§2. Conditions de validité de l'accord collectif

623. La loi du 20 août 2008 a profondément remanié le droit de la négociation collective. Certaines conditions de validité de l'accord collectif demeurent inchangées, c'est notamment le cas de celles tenant à sa forme (I), alors que d'autres ont évoluées, créant une exigence de majorité des organisations syndicales signataires (II) et reprenant les conditions particulières supplémentaires de négociation des avenants de révision (III).

I. Conditions de forme

624. Un écrit en langue française.- Conformément à l'article L. 2231-3 du Code du travail, « l'accord est, à peine de nullité, un acte écrit » : la Cour de cassation considère que la preuve de l'existence d'un accord collectif ne pouvait être faite que par ce moyen⁶³¹. De plus, il résulte de l'article L. 2231-4 du même code que l'accord doit être rédigé en français, toute clause rédigée en langue étrangère étant inopposable aux salariés : cette disposition résulte de la loi Toubon⁶³² qui l'a insérée dans le Code du travail. Ce texte s'applique également aux annexes d'un éventuel accord, il faut donc veiller lorsque des documents en langue étrangère sont annexés, comme ce peut notamment être le cas dans un accord d'intéressement des éventuels plans de commissions, à ce qu'ils soient traduits.

625. L'expression du consentement des parties.- Il ne peut y avoir accord collectif au sens du Code du travail que si les parties, patronales et salariées, sont parvenues à un consensus. Le consentement de celles-ci se formalise par leurs signatures : si elles ne figurent pas sur l'accord, la validité de celui-ci pourrait être remise en cause⁶³³. Conformément aux

⁶³⁰ Cass. Soc., 19 mars 2003, n°01-12/094, Bull. Civ. V, n°105.

⁶³¹ Cass. Soc., 27 mars 1996, n°93-46631, Bull. Civ. V, 1996, n°120.

⁶³² Loi n°94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française, dite « loi Toubon », JO 5 août 1994.

⁶³³ Cass. Soc., 8 janvier 2002, n°00-10.886, Bull. Civ. V, 2002, n°5.

principes du droit civil, et notamment aux articles 1109 et suivants du Code civil, le consentement des parties ne doit pas être vicié : l'accord signé alors que des salariés se livrent à un envahissement des locaux ou à des voies de fait pour obtenir la signature de l'employeur n'est donc pas valable. Ces exigences se recoupent avec le principe de loyauté dans la négociation. Si la signature de toutes les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise présentes à la négociation n'est pas requise, l'accord doit cependant présenter une majorité d'engagement.

II. L'exigence majoritaire d'engagement des parties à l'accord

626. Aux termes des articles L. 2232-12 et L. 2232-13 du Code du travail, tels qu'ils résultent de la loi du 20 août 2008⁶³⁴, les accords collectifs doivent répondre à deux conditions cumulatives quant à la qualité de leurs signataires (A) et à l'absence d'une opposition majoritaire (B). Les accords qui ne concernent qu'une catégorie du personnel sont conclus dans des conditions particulières (C).

A – Condition de signature

627. Evolution législative vers le principe majoritaire.- La réforme de la représentativité des organisations syndicales de salariés effectuée par la loi du 20 août 2008⁶³⁵ a aussi touché les conditions de validité, et notamment de signature, des accords collectifs d'entreprise. Jusqu'à la loi du 4 mai 2004⁶³⁶, le principe de l'unicité de signature prévalait : il suffisait que l'accord collectif ait été conclu par au moins une des organisations syndicales représentatives pour qu'il soit juridiquement valable, peu important le fait qu'elle soit minoritaire. La légitimité d'un tel accord était alors préoccupante. La loi du 4 mai 2004⁶³⁷ a introduit une condition de caractère majoritaire des accords : la validité de l'accord était subordonnée à l'absence d'opposition d'une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli au moins la moitié des suffrages exprimés au premier tour des élections professionnelles dans l'entreprise. L'opposition devait donc être majoritaire en termes d'audience électorale et non en termes de nombre d'organisations syndicales

⁶³⁴ Loi n°2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et du temps de travail, JO 21 août 2008.

⁶³⁵ Précitée, loi n°2008-789 du 20 août 2008, note 634.

⁶³⁶ Loi n°2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, JO 5 mai 2004.

⁶³⁷ Précitée, loi n°2004-391 du 4 mai 2004, note 636.

représentatives. Toutefois, les conditions de signature restaient inchangées, sauf en cas d'aménagement conventionnel⁶³⁸.

628. La loi du 20 août 2008 : un pas vers la reconnaissance du principe majoritaire.- Aux termes de l'article L. 2232-12 du Code du travail, tel qu'il résulte de l'article 8-VI de la loi du 20 août 2008⁶³⁹, depuis le 1^{er} janvier 2009, pour être valide, la signature de l'accord doit réunir « une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli au moins 30% des suffrages exprimés au premier tour des 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 ». On peut noter que cette disposition ne garantit pas que l'accord collectif sera conclu par des organisations syndicales représentatives ayant obtenu la majorité des suffrages exprimés aux élections professionnelles. Cette loi ne consacre donc pas le principe majoritaire, mais la voie est peut être ouverte vers la reconnaissance d'un tel principe.

629. Modalités de décompte des suffrages.- L'administration, dans une circulaire du 13 novembre 2008⁶⁴⁰, a précisé que les modalités de décompte des suffrages pour apprécier la validité de la signature d'un accord collectif sont identiques à celles qui prévalent pour la détermination de la représentativité des organisations syndicales : au niveau de l'entreprise, en application de l'article L. 2122-1 du Code du travail, tous les suffrages exprimés en faveur d'organisations syndicales, qu'elles soient ou non représentatives, sont comptabilisés. De plus, l'article L. 2232-12 du même code fait échec à la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle, en l'absence de quorum au premier tour des élections, il n'est pas utile de procéder au dépouillement du scrutin⁶⁴¹. Quel que soit le nombre de votants, alors même que le quorum n'aurait pas été atteint, il conviendra de procéder à celui-ci.

630. La signature des organisations syndicales catégorielles.- Dans un arrêt ancien⁶⁴², la chambre sociale de la Cour de cassation avait considéré « qu'une organisation syndicale catégorielle représentative sur le plan national ne saurait conclure une convention

⁶³⁸ La loi du 4 mai 2004 avait prévu qu'un accord collectif de branche pouvait prévoir que la validité des conventions collectives dans cette branche ou dans les différentes entreprises de cette branche serait subordonnée à la conclusion de l'accord par des syndicats représentatifs et ayant recueilli au moins la moitié des suffrages exprimés au premier tour des élections professionnelles dans l'entreprise.

⁶³⁹ Précitée, loi n°2008-789 du 20 août 2008, note 634.

⁶⁴⁰ Circulaire DGT n°20 relative à la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et du temps de travail du 13 novembre 2008 – Fiche n°5.

⁶⁴¹ Cass. Soc., 20 décembre 2006, n°05-60.345, Bull. Civ. V, 2006, n°399.

⁶⁴² Cass. Soc., 7 novembre 1990, n°89-10.483, Bull. Civ. V, 1990, n°525 ; confirmé par Cass. Soc. 24 juin 1998, n°97-11.281, Bull. Civ. V, 1998, n°346.

ou un accord d'entreprise engageant l'ensemble du personnel que si elle est représentative dans l'entreprise de toutes les catégories de salariés, ce qu'il lui appartient de démontrer ». Au regard des nouvelles conditions de validité de la signature d'un accord collectif, sans remettre en cause l'impossibilité pour une organisation syndicale catégorielle représentative de signer seule un texte concernant l'ensemble du personnel sauf à prouver sa représentativité, s'est posée la question de savoir s'il lui était toujours possible de s'engager seul sur un accord intercatégoriel et comment prendre en compte sa signature.

631. La Cour de cassation, dans un arrêt du 31 mai 2011⁶⁴³, a considéré qu'une organisation syndicale représentative catégorielle peut participer à la négociation d'un accord intercatégoriel, son audience électorale, rapportée à l'ensemble des collègues électoraux, est prise en compte pour apprécier les conditions de validité de l'accord. Elle ne peut toutefois pas signer seule l'accord collectif. La détermination de sa qualité d'organisation syndicale représentative et la détermination du poids de sa signature pour un accord intercatégoriel ne s'effectueront pas dans les mêmes périmètres.

632. La signature d'un accord collectif dans un groupe d'entreprises.- Aux termes de l'article L. 2232-34 du Code du travail, tel qu'issu de la loi du 20 août 2008, la signature de l'accord collectif de groupe doit être le fait « d'une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli dans les entreprises comprises dans le périmètre de cet accord au moins 30% des suffrages exprimés au premier tour des 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 ». Ainsi, il s'agit de consolider les résultats des élections dans les différentes entreprises composant le groupe⁶⁴⁴. La signature de l'accord de groupe suivra, pour le reste, les mêmes modalités que celles de l'accord d'entreprise. De la même manière, si on reconnaît l'existence de la négociation d'unité économique et sociale, il est possible d'appliquer aux accords conclus le même régime, quant à leur signature, que les accords de groupes ou les accords d'entreprises multi-établissements. De plus, la condition d'absence d'opposition s'applique de façon identique.

B – Condition d'absence d'opposition

⁶⁴³ Cass. Soc., 31 mai 2011, n°10-14.391, Bull. Civ. V, 2011.

⁶⁴⁴ On procède de la même façon dans les entreprises multi-établissements en consolidant les résultats des élections des comités d'établissements.

633. Un droit pour les organisations syndicales non-signataires depuis la loi du 20 août 2008.- Il résulte de l'article L. 2232-12 du Code du travail, tel qu'issu de la loi du 20 août 2008⁶⁴⁵, que la validité de l'accord répond à une seconde condition, « l'absence d'opposition d'une ou de plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés » au premier tour des 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. Ainsi, seules les organisations syndicales représentatives dans le champ d'application de l'accord sont en mesure de s'opposer à son entrée en vigueur. De plus, il faut noter que seules les organisations syndicales non-signataires de l'accord en cause sont titulaires du droit d'opposition : elles ne peuvent se rétracter. Si elles souhaitent revenir sur leur engagement, elles n'ont d'autre choix que de dénoncer l'accord dans les conditions prévues aux articles L. 2261-9 et suivants du Code du travail⁶⁴⁶. Les effets de l'opposition sont majeurs puisqu'un accord frappé d'opposition majoritaire est réputé non écrit, conformément à l'article L. 2231-9 du Code du travail. Elle répond donc à un formalisme très encadré.

634. Forme de l'opposition.- Aux termes de l'article L. 2231-8 du Code du travail, « l'opposition à l'entrée en vigueur d'une convention ou d'un accord est exprimée par écrit. Elle précise les points de désaccord. Cette opposition est notifiée aux signataires ». La notification de l'opposition revêt, selon la Cour de cassation, un caractère substantiel : le fait de l'adresser à une adresse où les syndicats destinataires n'avaient pas de locaux ou à des personnes qui n'étaient pas habilitées à représenter les organisations syndicales représentatives signataires rend l'opposition irrégulière et privée d'effets⁶⁴⁷. L'opposition doit donc nécessairement être formée par des personnes disposant d'un tel mandat du ou des syndicats non signataires représentatifs dans l'entreprise. La Cour de cassation va même jusqu'à considérer que les juges du fond doivent vérifier que l'adresse à laquelle l'opposition a été adressée correspond bien à un local des organisations syndicales signataires⁶⁴⁸.

635. L'obligation de motivation.- L'opposition doit préciser les points de désaccord. Pour l'administration, cette obligation a pour intérêt de permettre de savoir dans

⁶⁴⁵ Loi n°2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et du temps de travail, JO 21 août 2008.

⁶⁴⁶ Telle est la position soutenue pour l'administration pour l'application des articles L. 2231-8 et L. 2231-9 du Code du travail relatif à l'opposition à un accord collectif quel que soit le niveau de sa conclusion, issu de la loi du 4 mai 2004 : circulaire DRT du 22 septembre 2004 relative au titre II de la loi n°2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

⁶⁴⁷ Cass. Soc., 9 février 1994, n°91-14.580, Bull. Civ. V, 1994, n°49.

⁶⁴⁸ Cass. Soc., 26 janvier 2012, n°10-25.415, Inédit.

quel sens et à quelles conditions la négociation pourrait reprendre afin d'éviter des situations de blocage total⁶⁴⁹. Pour autant, la Cour d'appel de Paris a pu énoncer que le juge n'a pas à exercer de contrôle sur la pertinence des motifs invoqués : il doit uniquement vérifier que les motifs indiqués ne sont pas de pure forme sans quoi l'opposition serait irrégulière⁶⁵⁰. De même dans l'hypothèse où, l'auteur de l'opposition indiquerait dans les motifs qu'il s'oppose à l'entrée en vigueur uniquement de certaines dispositions de l'accord, l'opposition serait considérée comme irrégulière en ce qu'elle ne peut être partielle. Sa notification aux signataires doit, en outre, être effectuée dans un délai impératif.

636. Délai d'exercice du droit d'opposition.- Le second alinéa de l'article L. 2232-12 prévoit que l'opposition est exprimée dans un délai de huit jours à compter de la notification de l'accord. La computation de ce délai soulève un certain nombre d'interrogations. L'administration⁶⁵¹ a ainsi pu énoncer que celle-ci obéit aux modalités définies aux articles 641 et 642 du Code de procédure civile. En conséquence lorsque la notification s'est faite à différentes dates, c'est la plus tardive qui déclenche l'écoulement du délai. De plus, si l'un des jours du délai est férié, il est compté comme jour ordinaire. Cependant, conformément à l'article 642 du Code de procédure civile, si le dernier jour du délai est un samedi, un dimanche, un jour chômé ou férié, le délai est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant. Enfin, renforçant le caractère strict de ce délai, si l'un des signataires, destinataire de l'opposition, n'en recevait pas notification avant l'expiration du délai, celle-ci sera considérée comme tardive et donc de nul effet.

637. Le point de départ du délai pour l'exercice du droit d'opposition est la date de la notification à l'ensemble des parties de l'accord. Compte tenu des enjeux qui sont attachés à la détermination de cette date, il faut conseiller aux employeurs de faire la notification par lettre recommandée avec accusé de réception ou par remise en main propre contre récépissé. Quelle que soit la date à laquelle une organisation syndicale non signataire recevrait la notification, le délai commence à courir à compter de la réception la plus tardive par l'un des destinataires. Ceux-ci pourront varier dans le cas de la signature d'un accord qui ne concernerait les salariés que d'un collègue.

⁶⁴⁹ Circulaire DRT du 22 septembre 2004 relative au titre II de la loi n°2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

⁶⁵⁰ CA Paris, 23 novembre 2006, n°05-12781.

⁶⁵¹ Circulaire DRT du 22 septembre 2004 relative au titre II de la loi n°2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, Annexe à la Fiche n°1.

638. Conditions particulières de conclusion.- Aux termes du second alinéa de l'article L. 2232-13 du Code du travail, « lorsque la convention ou l'accord ne concerne qu'une catégorie professionnelle déterminée relevant d'un collège électoral, sa validité est subordonnée à sa signature par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli au moins 30% des suffrages exprimés dans ce collège 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, et à l'absence d'opposition d'une ou de plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés dans ce collège à ces mêmes élections, quel que soit le nombre de votants ». L'accord catégoriel est soumis à des conditions de validité identiques à celles que l'on trouve pour les accords de droit commun, mis à part le périmètre de détermination des seuils de signature et d'opposition.

639. Un privilège en trompe-l'œil ?.- Ainsi, dès lors que le champ d'application d'un accord est limité à une catégorie du personnel, ses conditions de validité sont appréciées aux vues des seuls résultats des élections professionnelles dans le collège concerné. Cette règle profite essentiellement aux cadres en raison du privilège dont jouit la CFE-CGC⁶⁵², seul syndicat catégoriel interprofessionnel à l'heure actuelle. Toutefois, depuis deux ans, la négociation catégorielle, sous les coups de boutoir de la Cour de cassation maniant le principe d'égalité de traitement⁶⁵³, est peu à peu vidée de sens : la mise en cause de la validité des avantages octroyés aux salariés en fonction de leur appartenance à une catégorie professionnelle, notamment par les arrêts du 20 février 2008⁶⁵⁴, du 1^{er} juillet 2009⁶⁵⁵ et du 8 juin 2011⁶⁵⁶, et l'incertaine grille de lecture donnée par la Cour de cassation pour justifier de tels avantages risquent d'affaiblir tant la négociation catégorielle que la négociation collective dans son ensemble⁶⁵⁷.

640. Un principe de concordance inachevé.- Si l'article L. 2232-13 du Code du travail prévoit des modalités particulières pour la conclusion d'un accord concernant une

⁶⁵² A. Martinon, La négociation catégorielle, JCP S 2011, 1207.

⁶⁵³ J-F. Cesaro, Le statut des cadres à l'épreuve du principe d'égalité..., JCP S 2011, 1206.

⁶⁵⁴ Cass. Soc., 20 février 2008, n°05-45.601, Bull. Civ. V, 2008, n°39.

⁶⁵⁵ Cass. Soc., 1^{er} juillet 2009, n°07-42.675, Bull. Civ. V, 2009, n°168.

⁶⁵⁶ Cass. Soc., 8 juin 2011, n° 10-14.725, Bull. Civ. V, 2011, et Cass. Soc., 8 juin 2011, n° 10-11.933 et n° 10-13.663, Bull. Civ. V, 2011.

⁶⁵⁷ S. Pereira, Jurisprudence sur les avantages catégoriels : vers la fin de la négociation collective ?, JCP S 2011, 1436.

catégorie de personnel relevant d'un collège électoral donné et, si l'article L. 7111-9 du même code prévoit des modalités additionnelles dans les entreprises où un collège électoral spécifique a été créé pour les journalistes, dans l'hypothèse où le champ d'application d'un accord couvrirait les catégories professionnelles relevant de deux des trois collèges constitués dans une entreprise, le principe de concordance n'est pas appliqué. Il résulte en effet de la lettre de l'article L. 2232-13 du Code du travail que l'appréciation des conditions de validité dans un périmètre restreint se fait dans un collège électoral au plus. Dès lors, un tel accord est conclu selon les mêmes modalités qu'un accord intercatégoriel : les 30 et 50% de suffrages exprimés aux élections professionnelles sont appréciés dans l'ensemble des collèges alors même que l'un d'eux n'est pas concerné, on peut le regretter⁶⁵⁸. Il en est de même en cas d'accord concernant deux catégories au sein d'un même collège, en raison de la rédaction malheureuse de l'article L. 2232-13 du Code du travail. D'autres problématiques apparaissent dans l'hypothèse de la révision d'un accord antérieur.

III. Cas particulier de la révision d'un accord antérieur

641. Notion de révision et ouverture de la négociation dans cet objectif.- Dans l'hypothèse où, à l'issue de la négociation obligatoire, les parties décideraient de conclure un avenant à un accord antérieur⁶⁵⁹, la conclusion de celui-ci répondra à des modalités particulières. Ses effets sont particuliers puisque, aux termes de l'article L. 2261-8 du Code du travail, il se substitue de plein droit aux stipulations de l'accord qu'il vient modifier. La révision s'entend de tous les cas où des dispositions d'un accord initial se trouvent complétées ou modifiées : l'administration considère ainsi⁶⁶⁰ que l'avenant qui a pour seul effet de supprimer certaines clauses est en réalité une dénonciation partielle qui doit répondre aux conditions prévues par le législateur aux articles L. 2261-9 et suivants du Code du travail. Aux termes de l'article L. 2222-5 du même code, l'accord prévoit les formes et les délais selon lesquels il pourra être révisé. Aussi, en l'absence de clause de révision, puisque aucun texte ne prévoit ce cas de figure, la Cour de cassation a pu considérer que le consentement unanime des signataires est nécessaire pour engager la procédure de révision⁶⁶¹.

⁶⁵⁸ On pourra par exemple rencontrer des situations où le premier collège représente 80% des électeurs dans l'entreprise : un accord portant uniquement sur les salariés relevant des deuxième et troisième collèges devra nécessairement recueillir l'approbation des organisations syndicales représentatives dans le premier collège qui ne sont pas concernées au premier chef.

⁶⁵⁹ Ce qui est souvent le cas en pratique, en matière de salaires effectifs ou de temps et organisation du temps de travail.

⁶⁶⁰ Circulaire DRT n° 93-8 du 16 mars 1993 relative à la révision des conventions et accords collectifs de travail. Application des articles 33 et 34 de la loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992.

⁶⁶¹ Cass. Soc., 13 novembre 2008, n°07-42.481, Bull. Civ. V, 2008, n°224.

642. La difficile conclusion d'un avenant de révision depuis la loi du 20 août 2008.- Après le tumulte de la jurisprudence Basirico⁶⁶², le législateur avait fait échec à la construction de la Cour de cassation, l'article L. 2261-7 du Code du travail étant créé par la loi du 31 décembre 1992⁶⁶³. Ce texte prévoit que seules les organisations syndicales représentatives signataires sont habilitées à signer un avenant de révision. Dès lors, compte tenu de la réforme des conditions de validité des accords collectifs opérée par la loi du 20 août 2008⁶⁶⁴, le fait que l'avenant de révision obéisse aux mêmes conditions de validité que l'accord initial peut soulever des difficultés. En effet, si les organisations syndicales représentatives signataires de l'accord initial ont perdu la qualité de représentative au jour de la conclusion de l'avenant de révision ou si ces mêmes organisations syndicales, sans avoir perdu la qualité représentative au jour de conclusion de l'avenant, n'atteignent plus pour autant ensemble 30% des suffrages exprimés, la révision de l'accord initial devient impossible. La seule possibilité sera alors de dénoncer l'accord et de négocier un accord de substitution.

643. Convocation de toutes les organisations syndicales représentatives.- Si seules les organisations syndicales représentatives signataires sont habilitées à signer l'avenant de révision, il conviendra, comme pour toute négociation dans l'entreprise, d'inviter toutes les organisations syndicales représentatives dans le champ d'application de l'accord⁶⁶⁵. Dans l'hypothèse où l'employeur ne négocierait qu'avec les signataires, l'avenant de révision serait alors déclaré nul⁶⁶⁶ et, sur le plan pénal, le fait de ne pas convoquer un syndicat représentatif ayant un délégué syndical à des négociations portant révision d'accords collectifs, même si ces accords n'ont pas été signés par ce syndicat, constitue un délit d'entrave à l'exercice du droit syndical⁶⁶⁷.

644. Révision d'un accord intercatégoriel.- Aux vues des conditions de validité des accords collectifs applicables depuis le 1^{er} janvier 2009, deux hypothèses de révision d'un accord intercatégoriel doivent être envisagées en fonction du caractère catégoriel ou non de

⁶⁶² Cass. Soc., 9 mars 1989, n°86-44.025, Bull. Civ. V, 1989, n°200 confirmé par trois arrêts d'assemblée plénière du 20 mars 1992, Bull. AP., 1992, n°3.

⁶⁶³ Article 33 de la Loi n°92-1446 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage, JO 1^{er} janvier 1993.

⁶⁶⁴ Loi n°2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et du temps de travail, JO 21 août 2008.

⁶⁶⁵ Cass. Soc., 26 mars 2002, n°00-17.231, Bull. Civ. V, 2002, n°107.

⁶⁶⁶ Cass. Soc., 8 avril 2009, n°08-40.256, Bull. Civ. V, 2009, n°102.

⁶⁶⁷ Cass. Crim., 28 octobre 2008, n°07-82.799, Inédit.

l'avenant de révision. Si, comme l'accord initial, il est intercatégoriel, il n'y a aucun doute sur le périmètre dans lequel il faudra se placer afin d'apprécier les seuils de 30 et 50% des suffrages exprimés au premier tour des élections professionnelles. En revanche, si l'avenant de révision réserve le bénéfice de l'accord initial à une seule catégorie professionnelle relevant d'un seul collège électoral, on peut s'interroger sur l'éventuelle application de l'article L. 2232-13 du Code du travail. Toutefois, un accord collectif formant un tout indivisible et étant le fruit d'un consensus entre les parties, il semblerait qu'un strict parallélisme des formes doive être respecté ici : les conditions de conclusion d'un avenant de révision seraient les mêmes que celles qui régissaient la conclusion de l'accord initial. Cette position paraît logique en ce qu'au moment de la conclusion d'un accord intercatégoriel, on ne procède pas à une vérification des conditions de validité des différents accords catégoriels qu'il contient si on le subdivisait. Conclu comme accord intercatégoriel, il sera donc révisé comme tel.

645. Révision d'un accord catégoriel : exception au parallélisme des formes ?.-

De la même façon, des difficultés peuvent apparaître dans la révision d'un accord catégoriel. Ici encore, si le champ d'application reste inchangé, il est certain que les conditions de validité seront appréciées dans le seul collège électoral dont relève la catégorie professionnelle concernée. En revanche, l'hypothèse où les parties décideraient d'étendre le bénéfice de l'accord à toute l'entreprise pose certaines difficultés. L'application du principe de parallélisme des formes conduirait à négocier avec des organisations syndicales éventuellement représentatives dans un seul collège des dispositions qui s'appliqueront à l'ensemble des salariés⁶⁶⁸. Aussi, il semble plus juste de considérer que l'accord catégoriel, dans le seul cas où son champ d'application est étendu à des catégories professionnelles relevant d'autres collèges électoraux que celui dans lequel il a été initialement conclu, dérogera à une stricte application du parallélisme des formes : il conviendra d'apprécier ses conditions de validité dans le périmètre de l'entreprise, l'application de l'article L. 2232-13 du Code du travail sera écartée au bénéfice de celle de l'article L. 2232-12 du même code. Une telle extension du champ d'application d'un accord aura pour effet de rendre applicables à tous les salariés l'ensemble des dispositions figurant dans celui-ci.

⁶⁶⁸ Un abus de droit pourrait alors éventuellement être caractérisé : l'employeur conclurait un accord dans un collège où les organisations syndicales représentatives accèdent à ses demandes, puis peu de temps après, il négocierait un avenant de révision qui étendrait l'application de l'accord à l'ensemble de l'entreprise avec les mêmes organisations syndicales. Les organisations syndicales représentatives au niveau de l'entreprise, si elles n'étaient pas présentes dans ce collège, se trouveraient alors écartées, et ne pourraient a priori même pas s'opposer à l'entrée en vigueur de cet accord.

§3. Contenu de l'accord collectif

646. L'accord collectif conclu à l'issue de la négociation obligatoire porte sur un ou plusieurs des sujets traités. Son contenu est défini par les parties signataires (I) mais leur marge de manœuvre est limitée par la loi (II). De plus, comme tout accord collectif, celui ou ceux qui sont conclus au terme de la négociation obligatoire doivent impérativement contenir certaines clauses (III).

I. L'accord conclu à l'issue de la négociation obligatoire

647. Accord : absence de points de désaccord.- L'accord d'entreprise conclu à l'issue de la négociation obligatoire porte sur un ou plusieurs des sujets traités au cours de celle-ci. Seuls les points sur lesquels les partenaires sociaux se sont mis d'accord figurent dans celui-ci : il n'est pas opportun d'indiquer les points de désaccord qui pourraient exister. Dans un éventuel préambule de l'accord, il peut être intéressant de formaliser le fait que certains thèmes ont été abordés en les indiquant mais que les parties ne sont pas parvenues à un accord sur ceux-ci : cela permet à l'employeur de s'aménager un moyen de preuve.

648. Pluralité d'accords collectifs.- De la position de l'administration énoncée dans la circulaire du 5 mai 1983⁶⁶⁹, confirmée par la Cour de cassation dans un arrêt du 7 novembre 1990⁶⁷⁰, à propos de la négociation obligatoire sur la durée effective du temps de travail et son aménagement, on peut déduire que plusieurs accords collectifs sur différents thèmes peuvent être conclus à l'issue de la négociation. Cette stratégie de négociation est conseillée. D'une part, lorsque les parties décident de réviser un accord antérieur, il est plus simple de modifier uniquement les dispositions définies et de ne pas en ajouter, d'autant plus lorsque leur objet n'a aucun rapport avec celui de l'accord initial. D'autre part, on ne peut imaginer ce que l'avenir réserve à l'entreprise : le fait d'avoir l'ensemble des dispositions conventionnelles dans un seul et même accord peut être un frein à l'évolution de celles-ci. Enfin, un certain nombre de dispositifs spécifiques, tels que la mise en place de certaines organisations du temps de travail ou d'un régime de prévoyance, trouveront plus facilement leur place dans un accord « ad hoc » que dans une convention d'entreprise.

⁶⁶⁹ Circulaire DRT n°8 du 5 mai 1983 relative à l'application des dispositions de la loi n°82-957 du 13 novembre 1982 concernant l'obligation annuelle de négocier dans les entreprises, JO 3 juillet 1983.

⁶⁷⁰ Cass. Soc., 7 novembre 1990, n°89-10.483, Bull. Civ. V, 1990, n°525.

649. Conclusion d'accords catégoriels.- Si la chambre criminelle de la Cour de cassation⁶⁷¹ considère que la négociation annuelle obligatoire sur les salaires effectifs doit concerner la situation de l'ensemble des salariés de l'entreprise, dès lors qu'il s'agit uniquement d'une obligation de négocier et non d'une obligation de conclure, des accords peuvent être conclus uniquement pour certaines catégories du personnel. Ainsi, couramment, la négociation annuelle obligatoire sur ce thème conduit à la signature d'accords propres aux cadres d'une part, et aux ouvriers et agents de maîtrise d'autre part. Ceux-ci peuvent attribuer des pourcentages d'augmentation générale différents d'une catégorie à l'autre. La jurisprudence, en la matière, peut toutefois inciter à une certaine prudence.

II. Les limites à la liberté des partenaires sociaux

650. Les limites posées à la liberté des partenaires sociaux dans l'élaboration de la norme conventionnelle sont de plusieurs ordres : légales et conventionnelles (A), et jurisprudentielles (B).

A – Les limites légales et conventionnelles

651. Dérogations à la loi et au règlement.- Aux termes de l'article L. 2251-1 du Code du travail, « une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public ». Il en résulte que lorsqu'il y a concours entre les dispositions d'un accord d'entreprise et la loi, seules les premières s'appliquent si elles s'avèrent plus favorables pour les salariés⁶⁷². Le caractère favorable s'apprécie individuellement avantage par avantage. L'accord d'entreprise peut prévoir des dispositions moins favorables que la loi lorsque celle-ci le prévoit expressément : on parle alors d'accord dérogatoire. Ceux-ci peuvent, majoritairement, être conclus dans les domaines du travail précaire ou à temps partiel et de la durée du travail⁶⁷³.

⁶⁷¹ Cass. Crim., 28 mars 1995, n°92-80.694, Bull. Crim., 1995, n°130.

⁶⁷² Cass. Soc., 12 janvier 2000, n°97-44.995, Inédit.

⁶⁷³ Un tableau récapitulant les différents thèmes de négociation dérogatoire figure dans la circulaire DRT du 22 septembre 2004 relative au titre II de la loi n°2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

652. Articulation avec les conventions collectives de niveau supérieur.- Depuis 2004⁶⁷⁴, l'accord collectif d'entreprise peut déroger à une convention collective de branche à la seule condition que celle-ci n'en dispose pas autrement, sauf dans certaines matières expressément visées par la loi. Ces dernières sont, aux termes de l'article L. 2253-3 du Code du travail, les salaires minima, les classifications, les garanties collectives de protection sociale complémentaire et la mutualisation des fonds de la formation professionnelle. En dehors de ces matières et si la convention collective de branche ne contient pas de clause expresse en vertu de laquelle l'accord d'entreprise ne peut prévoir de dispositions moins favorables, celle-ci n'aura qu'un caractère supplétif : l'accord d'entreprise peut contenir des dispositions moins favorables pour les salariés qui s'imposeront à eux. Cette possibilité de dérogation ne joue pas à l'égard des accords de niveau supérieur conclus antérieurement au 7 mai 2004⁶⁷⁵, ce qui est le cas d'une grande majorité des conventions collectives de branche. La supplétivité de celles-ci a cependant été accrue par la loi du 20 août 2008⁶⁷⁶ puisque son volet « temps de travail » prévoit qu'un certain nombre de dispositifs sont mis en place par accord d'entreprise, les dispositions de l'accord de branche ne s'appliquant qu'à défaut : il importe alors peu que l'accord d'entreprise soit plus ou moins favorable que celui du niveau supérieur, quelle que soit sa date de conclusion.

653. Le cas particulier des majorations de salaires.- Il résulte de l'article L. 2253-4 du Code du travail que « les clauses salariales d'une convention ou d'un accord d'entreprise ou d'établissement peuvent prévoir des modalités particulières d'application des majorations salariales décidées » par des accords de niveau supérieur. Ce même texte apporte deux limites à la capacité des parties à déroger en la matière à un accord d'un rang supérieur : l'augmentation de la masse salariale totale doit être au moins égale à celle qui résulterait de la stricte application des majorations accordées, et les salaires minimaux hiérarchiques doivent être respectés. Par ce biais, les partenaires sociaux dans les entreprises sont encouragés à engager des négociations sur ce point. L'administration avait considéré dans une circulaire du 25 octobre 1983⁶⁷⁷ que lorsque l'accord de branche ne visait que certaines catégories de salariés, l'augmentation en résultant pourrait bénéficier à d'autres dès lors que les salaires minimaux hiérarchiques sont bien respectés : aux vues de l'évolution de la jurisprudence dans

⁶⁷⁴ Loi n°2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, JO 5 mai 2004.

⁶⁷⁵ Article 45 de la loi du 4 mai 2004, précitée. Note 658 et Cass. Soc., 9 mars 2011, n°09-69.647, Bull. Civ. V, 2011.

⁶⁷⁶ Loi n°2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et du temps de travail, JO 21 août 2008.

⁶⁷⁷ Circulaire du 25 octobre 1983 relative à l'application de la loi n°82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel.

ce domaine, on peut s'interroger sur l'opportunité de conclure des accords en la matière. Par ailleurs, ce texte ne s'appliquant qu'aux salaires réels, il a une nature tout à fait limitée. Bien souvent les négociations de branche ne portent que sur les mini.

B – Les limites jurisprudentielles

654. La problématique, actuelle, de la négociation catégorielle.- Le Code du travail, à l'article L. 2232-13, prévoit explicitement la possibilité de négocier et de conclure des accords réservant leur application à une catégorie de salariés relevant d'un seul collège électoral. Dès lors, les autres salariés de l'entreprise, qui n'appartiennent pas à cette catégorie professionnelle, ne bénéficient pas d'un accord conclu selon ces modalités. De nombreux avantages pouvaient donc être attribués en fonction de l'appartenance à l'une ou l'autre des catégories professionnelles présentes dans l'entreprise. La Cour de cassation semble remettre en cause l'existence même de cette négociation.

655. Une négociation à la justification périlleuse.- Dans plusieurs arrêts⁶⁷⁸, elle a considéré que « la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait en elle-même justifier, pour l'attribution d'un avantage, une différence de traitement entre les salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage, sauf raisons objectives et pertinentes ». Par les arrêts du 8 juin 2011⁶⁷⁹, la chambre sociale de la Cour de cassation donne une grille de lecture pour caractériser les raisons objectives : « la différence de traitement doit avoir pour objet ou pour but de prendre en compte les spécificités de la situation des salariés relevant d'une catégorie déterminée, tenant notamment aux conditions d'exercice des fonctions, à l'évolution de carrière ou aux modalités de rémunération ». Cette formulation, qui laisse une large marge d'appréciation aux juges du fond dans la détermination du caractère objectif ou non de l'avantage en cause, ne permet pas de mettre à fin à l'insécurité juridique de telles négociations. Il convient donc, lorsque ces modalités de négociations sont retenues par les partenaires sociaux, de veiller à faire apparaître clairement les raisons objectives lorsque des différences de traitement sont faites. Il en est de même en cas d'accord intercatégoriel comportant des dispositions différentes selon les catégories. D'autre part, un certain nombre de clauses devront nécessairement figurer dans l'accord.

⁶⁷⁸ Cass. Soc., 20 février 2008, n°05-45.601, Bull. Civ. V, 2008, n°39 et Cass. Soc., 1^{er} juillet 2009, n°07-42.675, Bull. Civ. V, 2009, n°168.

⁶⁷⁹ Cass. Soc., 8 juin 2011, n° 10-14.725 Bull. Civ. V, 2011, et Cass. Soc., 8 juin 2011, n° 10-11.933 et n° 10-13.663, Bull. Civ. V, 2011.

III. Les clauses à insérer dans l'accord collectif

656. Le champ d'application de l'accord.- L'accord collectif doit indiquer son champ d'application territorial et professionnel conformément à l'article L. 2222-1 du Code du travail. Dans le cadre d'une entreprise ou d'un établissement, sa définition s'impose sauf dans deux hypothèses. Tout d'abord, les parties peuvent choisir de traiter différemment les salariés dont les postes de travail relèvent d'une activité distincte de l'activité principale de l'entreprise : il s'agit alors de définir précisément les activités qui sont concernés, cette situation est souvent rencontrée dans des accords d'entreprise qui prévoient des dispositions différentes selon les établissements qui la composent. Ensuite, les partenaires sociaux peuvent réserver le bénéfice de dispositions de l'accord à certaines catégories professionnelles de salariés. Il faudra alors les identifier et les énoncer limitativement.

657. Les modalités de révision, de renouvellement et de dénonciation.- Aux termes des articles L. 2222-5 et L. 2222-6 du Code du travail, l'accord prévoit les modalités selon lesquelles et le délai au terme duquel il peut être renouvelé ou révisé, et les conditions dans lesquelles il peut être dénoncé, et notamment la durée du préavis qui doit précéder la dénonciation. A défaut de stipulations en ce sens, ce sont les dispositions légales, donc supplétives, qui s'appliqueront. Les parties peuvent toutefois s'en saisir afin d'y apporter des assouplissements conventionnels en prévoyant, par exemple, la possibilité de dénoncer partiellement un accord⁶⁸⁰, ou l'obligation de présenter un projet de texte en cas de demande de révision ou de dénonciation. La validité de l'accord n'est toutefois pas remise en cause si de telles clauses ne figuraient pas dans celui-ci : on en reviendrait à l'application de la loi.

658. La durée de l'accord.- Le législateur laisse le choix aux parties quant à la durée de l'accord : elle peut être déterminée ou indéterminée. Toutefois, lorsqu'il est conclu pour une durée déterminée, celle-ci ne peut excéder cinq ans. Implicitement, il résulte de l'article L. 2222-4 du Code du travail qu'à défaut d'indications sur sa durée, celle-ci sera indéterminée. L'accord à durée déterminée, sauf stipulations contraires, lorsqu'il arrive à son terme, continue à produire ses effets comme un accord à durée indéterminée. Pour éviter cela, il sera nécessaire de prévoir une clause en application de laquelle l'accord cessera ses effets de plein droit à l'échéance de son terme. Pour déterminer celle-ci, il est nécessaire d'identifier la date d'entrée en vigueur d'un tel accord. Les formalités qui doivent être effectuées préalablement à celle-ci permettront de la définir.

⁶⁸⁰ Il est nécessaire de l'avoir prévue pour qu'elle soit possible.

§4. Formalités préalables à l'entrée en vigueur de l'accord collectif

659. Pour que l'accord collectif, une fois signé, puisse entrer en vigueur, des formalités préalables sont effectuées. Elles ne sont pas toutes faites dans le même but, si sa notification aux organisations syndicales représentatives (I) permet de déclencher le délai d'opposition, le dépôt (II) et l'information des salariés (III) ont vocation à assurer la publicité de l'accord.

I. La notification à l'issue de la procédure de signature

660. Enjeux attachés à la notification L'article L. 2231-5 du Code du travail prévoit que « la partie la plus diligente des organisations signataires d'une convention ou d'un accord en notifie le texte à l'ensemble des organisations représentatives à l'issue de la procédure de signature ». Dans la pratique, c'est le plus souvent l'employeur qui procède à la notification. Elle revêt un enjeu majeur puisqu'elle permet à ses destinataires de manifester, le cas échéant, leur opposition à l'entrée en vigueur du texte, marquant le point de départ du délai d'opposition. En outre, conformément à l'article L. 2231-7 du Code du travail, le dépôt de l'accord collectif ne peut être effectué qu'à l'issue du délai d'opposition. Il est donc très important pour l'employeur d'être en mesure démontrer que la notification a bien été faite et de pouvoir prouver la date à laquelle celle-ci a eu lieu.

661. Destinataires de la notification.- L'ensemble des organisations syndicales représentatives comprises dans le champ d'application de l'accord doivent être destinataires de la notification. Il importe peu qu'elles aient été parties à la négociation ou qu'elles aient signé l'accord. Dans l'hypothèse où une seule organisation syndicale est représentative dans l'entreprise et est signataire, cela aboutit à la situation ubuesque où l'employeur lui notifie l'accord alors qu'aucune opposition ne peut être exercée. Pour autant, le texte doit être appliqué strictement sans quoi le délai d'opposition n'aurait jamais couru.

662. Date de la notification.- Si la notification est effectuée sur le siège, lors de la dernière réunion de négociation, après la signature, tout doute sera levé quant à la date de la notification. En revanche, si la notification est faite par lettre recommandée avec avis de

réception comme le recommande l'administration dans la circulaire du 22 septembre 2004⁶⁸¹, on peut s'interroger sur la date qui doit être retenue. Une réponse est apportée par l'article 668 du Code de procédure civile, « la date de la notification par voie postale est, à l'égard de celui qui y procède, celle de l'expédition, et, à l'égard de celui à qui elle est faite, la date de la réception de la lettre ». Or, puisqu'elle détermine le point de départ du délai d'exercice du droit d'opposition dont les destinataires sont les détenteurs, c'est la date de la réception de la lettre la plus tardive qui doit être prise en compte. Huit jours après cette date, l'employeur pourra, conformément à l'article L. 2231-6 du Code du travail qui renvoie aux articles R. 2231-1 à R. 2231-9 du même code, procéder aux formalités de dépôt de l'accord auprès des autorités compétentes.

II. Le dépôt de l'accord collectif

663. Enjeu attaché au dépôt de l'accord collectif.- Aux termes de l'article D. 2231-2 du Code du travail, la partie la plus diligente dépose auprès des services du ministre chargé du travail et du greffe du conseil de prud'hommes l'accord collectif et ses éventuels avenants et annexes. Le dépôt est important car, au lendemain de celui-ci, sauf si les parties en ont disposé autrement, l'accord collectif entrera en vigueur et commencera à produire ses effets, comme le prévoit l'article L. 2261-1 du Code du travail.

664. Le dépôt auprès de l'administration.- Les accords collectifs sont déposés auprès de la direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi dans le ressort duquel ils ont été conclus⁶⁸². Dans le cas où leur champ d'application regroupe plusieurs établissements ayant des implantations distinctes, conformément à l'article D. 2231-6 du Code du travail, les accords collectifs sont, en plus, déposés avec une liste en trois exemplaires des établissements et de leurs adresses respectives. Le dépôt est effectué en deux exemplaires, l'un sur support papier et signé des parties, et l'autre sur support informatique. De plus, il est accompagné d'un certain nombre de pièces définies par voie réglementaire⁶⁸³, notamment la copie de l'acte de notification de l'accord collectif aux organisations syndicales représentatives et le procès-verbal des résultats du

⁶⁸¹ Circulaire DRT n°09 du 22 septembre 2004 relative au titre II de la loi n°2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

⁶⁸² Articles D. 2231-4 et D. 2231-5 du Code du travail.

⁶⁸³ Article D. 2231-7 du Code du travail.

premier tour des dernières élections professionnelles⁶⁸⁴. Un récépissé de dépôt est délivré par l'administration, il permet à l'employeur d'apporter la preuve que celui-ci a été effectué.

665. Document supplémentaire pour les accords portant sur les salaires effectifs.- Depuis la loi du 23 mars 2006⁶⁸⁵, aux termes de l'article L. 2242-10 du Code du travail, un accord collectif sur les salaires effectifs ne peut être déposé qu'accompagné du procès-verbal d'ouverture des négociations portant sur les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes, consignait les propositions des différentes parties : il atteste que les négociation ont été sérieusement et loyalement engagées par l'employeur.

666. Dépôt auprès du conseil de prud'hommes.- Conformément au troisième et dernier alinéa de l'article D. 2231-3 du Code du travail, « la partie la plus diligente remet également un exemplaire de chaque convention ou accord au greffe du conseil de prud'hommes du lieu de conclusion ». Aucune pièce n'est censée accompagner le dépôt auprès de celui-ci, le texte étant succinct. On peut supposer qu'il s'agit uniquement d'adresser une version sur support papier. Celle-ci a pour seul objectif l'information de tiers. L'employeur informe aussi les salariés de l'entreprise de la conclusion d'un accord.

III. L'information des salariés de l'entreprise et de leurs représentants

667. Information individuelle et collective des salariés.- Aux termes de l'article L. 2262-5 du Code du travail, à défaut d'accord de branche, l'employeur est tenu d'une information individuelle et collective des salariés sur le droit conventionnel applicable dans l'entreprise et l'établissement⁶⁸⁶. Au moment de l'embauche, il doit donc donner au salarié une notice l'informant des textes conventionnels applicables. De plus, un exemplaire à jour de ces textes doit être tenu à la disposition des salariés sur le lieu de travail, celui-ci devant figurer sur l'intranet de l'entreprise lorsqu'elle dispose d'un tel outil. L'employeur est considéré comme ayant rempli son obligation à l'égard de la collectivité des salariés dès lors qu'un avis est affiché aux emplacements réservés aux communications destinées au personnel, comportant l'intitulé des conventions ou accords applicables dans l'établissement. Il précise le lieu où ils sont tenus à la disposition ainsi que les modalités permettant aux

⁶⁸⁴ Afin de permettre à l'administration de vérifier que le délai d'opposition a été respecté et que les conditions de validité de l'accord – signature et opposition – sont remplies.

⁶⁸⁵ Loi n°2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, JO 24 mars 2006.

⁶⁸⁶ Article R. 2262-1 du Code du travail.

salariés de les consulter pendant leur temps de présence sur le lieu de travail⁶⁸⁷. Si cet affichage n'est pas effectué, la Cour de cassation considère que l'accord collectif ne peut pas être opposé aux salariés⁶⁸⁸.

668. Information des institutions représentatives du personnel.- Sur le fondement du même article L. 2262-5 du Code du travail, les représentants du personnel bénéficient de la part de l'employeur d'une information sur le droit conventionnel applicable dans l'entreprise. L'article R. 2262-2 du même code prévoit ainsi qu'un exemplaire de chaque accord auquel l'employeur est lié doit être fourni au comité d'entreprise et aux comités d'établissement ainsi qu'aux délégués du personnel et aux délégués syndicaux. Au contraire, dans l'hypothèse où les parties ne parviendraient pas à un accord, le procès-verbal de désaccord rédigé ne donne pas forcément lieu à une information des salariés et de leurs représentants.

Sous-section 2 – Le constat de l'échec de la négociation obligatoire par un procès-verbal de désaccord

669. Dans le cadre de la négociation spontanée, il peut être opportun d'établir un procès-verbal de désaccord afin de formaliser l'échec des négociations pour démontrer qu'une négociation s'est tenue mais que les parties n'ont pu parvenir à un accord. En matière de négociation obligatoire, ce constat doit nécessairement être effectué. Le procès-verbal de désaccord ainsi rédigé (§1) a un contenu légalement encadré (§2) en raison des effets qui y sont attachés.

§1. La rédaction du procès-verbal de désaccord

670. Il résulte du premier alinéa de l'article L. 2242-4 du Code du travail que, « si, au terme de la négociation, aucun accord n'a été conclu, il est établi un procès-verbal de désaccord [...] ». Ce texte, peu explicite, laisse en suspens deux questions relatives à la rédaction du procès-verbal. S'il est établi au terme de la négociation, on peut s'interroger sur le moment à partir duquel il est raisonnable de considérer que ce terme est survenu (B). De plus, le texte n'indique pas qui est l'auteur du procès-verbal de désaccord (A).

⁶⁸⁷ Article R. 2262-3 du Code du travail.

⁶⁸⁸ Cass. Soc. 28 février 1996, n°93-42.058, Bull. Civ. V, 1996, n°75.

A – L’auteur du procès-verbal de désaccord

671. Le rôle important de l’employeur.- Les textes ne précisent pas qui de l’employeur ou des organisations syndicales représentatives doit rédiger le procès-verbal de désaccord. Toutefois, il résulte de l’article L. 2242-1 du Code du travail que c’est l’employeur qui a l’initiative de la négociation et qu’à défaut d’une telle initiative, cette négociation s’engage à la demande d’une organisation syndicale représentative adressée à l’employeur. Il semble qu’on puisse estimer que c’est à ce dernier qu’incombe la rédaction du procès-verbal de désaccord. Cette position trouve en outre sa justification dans le fait qu’il mène les discussions dans la réalité. Ainsi pour le Professeur Rotschild-Souriac, « négociateur c’est d’abord proposer »⁶⁸⁹ : il revient à l’employeur d’engager la négociation en proposant un projet d’accord, les organisations syndicales représentatives participantes faisant des contre-propositions dans l’objectif d’aboutir à un accord. Enfin, compte tenu de certains éléments qui doivent figurer dans le procès-verbal, et notamment « les mesures que l’employeur entend appliquer unilatéralement », il semble logique que ce soit celui-ci qui le rédige.

672. Une compétence partagée ?.- Cependant, on ne peut écarter l’hypothèse où les organisations syndicales représentatives prendraient l’initiative de mettre fin aux négociations en rédigeant le procès-verbal de désaccord, rien dans les textes ne semble permettre à l’employeur de s’y opposer. Un tel acte serait un signal fort du mauvais climat social dans l’entreprise. De même, si l’employeur l’établissait sans même l’adresser aux organisations syndicales représentatives, pour information, celles-ci pourraient éventuellement engager une action en justice pour contester sa validité si elles considèrent qu’il ne reflète pas la réalité. On peut ainsi s’interroger sur la possibilité pour l’une ou l’autre des parties de considérer que la négociation est arrivée à son terme et que le procès-verbal de désaccord peut alors être rédigé.

B – Le moment et les circonstances de la rédaction du procès-verbal de désaccord

673. L’absence d’accord.- Aux termes de l’article L. 2242-4 du Code du travail, le procès-verbal de désaccord n’est rédigé qu’en l’absence de conclusion d’un accord sur les

⁶⁸⁹ M-A. Rotschild-Souriac, Les accords collectifs au niveau de l’entreprise, Thèse, 1986.

sujets abordés au cours de la négociation. Ainsi, dès lors qu'au moins un accord est conclu à l'issue de la négociation obligatoire avec seulement certaines des organisations syndicales représentatives y ayant participé, il n'est pas nécessaire de dresser un procès-verbal pour celles qui ne sont pas signataires. De même, si l'accord ne concerne qu'un ou certains thèmes qui ont été abordés, il n'est pas nécessaire d'établir le procès-verbal pour constater que les parties ne sont pas parvenues à un accord sur les thèmes écartés.

674. Le moment de la rédaction du procès-verbal de désaccord.- Lorsque les parties sont d'accord pour mettre fin aux négociations et constater l'échec de celles-ci, le moment de la rédaction du procès-verbal n'est pas problématique. Au contraire, dans l'hypothèse où l'une des parties souhaite qu'elles se poursuivent, la détermination de la date à laquelle on peut considérer que leur terme est survenu revêt une grande importance. Lorsqu'un calendrier de négociation avait été prévu lors de la première réunion et qu'il a été respecté tout au long de celle-ci, en l'absence d'accord lors de la dernière réunion, l'une ou l'autre des parties devrait pouvoir prendre acte de l'échec des négociations et établir le procès-verbal de désaccord.

675. Au contraire, lorsque le calendrier de négociation n'a pas été suivi ou qu'il n'a pas été défini, il est plus difficile d'identifier le terme des discussions. Un amendement présenté par des membres du groupe RPR prévoyant qu'il pouvait être considéré comme échu à compter de deux mois après l'ouverture de la négociation obligatoire avait été refusé par la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale⁶⁹⁰. Le ministre du travail, Monsieur Auroux, considérait alors que le bon sens des négociateurs devait prévaloir : « l'employeur qui formule des propositions précises ou qui répond à des revendications en argumentant sa réponse en fonction de la situation de l'entreprise et de son évolution peut estimer que la négociation est arrivée à son terme si les organisations syndicales reprennent sans cesse et globalement les mêmes revendications avec le but manifeste de s'opposer à ce que l'employeur prenne des dispositions qu'il pense devoir mettre en œuvre ».

676. L'existence de manœuvres dilatoires.- Monsieur Auroux considère en outre que les organisations syndicales peuvent, elles aussi, prendre acte de la fin des négociations si l'employeur les fait traîner avec des intentions manifestement dilatoires. On peut alors s'interroger sur l'existence de telles manœuvres dont l'une ou l'autre des parties serait l'auteur dans le cas où un calendrier de réunions aurait été défini : serait-il envisageable pour

⁶⁹⁰ Assemblée nationale, 3^{ème} séance du 11 juin 1982, JO AN 12 juin 1982, p. 3309.

la partie qui subirait ces manœuvres dilatoires puisse établir le procès-verbal de désaccord avant le terme prévu ? Il semble que, par prudence, il convient d'attendre que la dernière réunion prévue par le calendrier ait eu lieu pour le dresser, il en va de la crédibilité de la partie qui l'établirait. Faire le contraire démontrerait le peu d'importance attachée à la définition des modalités de la négociation lors de la première réunion de celle-ci. Toutefois, il sera possible d'effectuer des mesures préparatoires en rassemblant les différents éléments qui doivent figurer dans le procès-verbal de désaccord.

§2. Le contenu et la publicité du procès-verbal de désaccord

677. L'article L. 2242-4 du Code du travail énonce un certain nombre d'éléments devant figurer dans le procès-verbal de désaccord (A). Il prévoit aussi qu'il donne lieu à un dépôt dans des conditions identiques à celles d'un accord collectif (B).

A – Le contenu du procès-verbal de désaccord

678. Le législateur a prévu, dès la création de la négociation obligatoire, que le procès-verbal de désaccord, établi au terme de celle-ci, consignerait les propositions respectives des parties en leur dernier état et les mesures que l'employeur entend appliquer unilatéralement.

679. Les propositions respectives des parties en leur dernier état.- Le procès-verbal de désaccord a pour objet de constater les différences de vues entre les parties qui conduisent à l'impossibilité de conclure un accord. Il n'est donc pas question d'y décrire le déroulement de la négociation en rappelant l'intégralité des discussions qui se sont tenues. A la lecture de ce document, les ultimes propositions de l'employeur et des organisations syndicales représentatives ayant participé à la négociation doivent apparaître clairement. De l'expression de ces dernières, le lecteur devra pouvoir déduire l'absence de consensus possible et donc l'échec de la négociation. Toutefois, le refus de conclure des parties pourra apparaître de façon très claire, et ce d'autant plus si le procès-verbal a donné lieu à un avis de la partie qui ne l'aurait pas rédigé⁶⁹¹.

680. L'employeur établissant lui-même le procès-verbal de désaccord pourra reprendre les éventuels comptes-rendu des réunions afin d'identifier les propositions des

⁶⁹¹ Le plus souvent, les organisations syndicales représentatives.

organisations syndicales représentatives présentes à la négociation et les liens qu'elles auraient pu faire entre certaines d'entre elles⁶⁹². A défaut d'un tel acte, la partie qui rédigerait le procès-verbal pourra, en bonne intelligence, demander à l'autre partie de lui indiquer précisément, par écrit, quelles étaient ses dernières propositions. Enfin, il peut être intéressant, dans l'hypothèse où l'employeur établirait le procès-verbal, d'indiquer thème par thème les propositions : il démontrerait ainsi quels sont ceux qui ont été abordés.

681. On peut alors s'interroger sur le fait de savoir si le choix des parties, lors de la première réunion de négociation, de ne pas aborder certains thèmes au cours de celle-ci pourrait être repris dans le procès-verbal de désaccord. Il semblerait que cela ne soit pas possible : aucun accord ne pouvait être envisagé dès lors qu'aucune discussion n'aurait eu lieu sur le sujet. On peut soutenir « qu'absence de discussion ne vaut pas absence d'accord ». Ces dernières propositions, lorsque l'employeur a rédigé le procès-verbal, ne l'engagent pas, sauf à ce qu'elles soient rapportées de façon non équivoque. Au contraire, il doit y consigner les mesures unilatérales qu'il entend appliquer.

682. Les mesures que l'employeur entend appliquer unilatéralement.- Les mesures que l'employeur entendra appliquer unilatéralement vont revêtir la forme d'engagement unilatéral et non celle d'accord collectif. En tant que telles, il convient donc de les distinguer des dernières propositions qu'il a pu faire dans le cadre de la négociation et qui ne lui sont pas opposables même si elles sont aussi consignées dans le procès-verbal de désaccord. Il conviendra avant toute chose de vérifier que les mesures unilatérales décidées ne voient pas leur mise en œuvre subordonnée à la conclusion d'un accord d'entreprise. Plusieurs questions se posent alors sur la nature des mesures retenues : doivent elles être plus ou moins favorables que les dernières propositions ou être identiques à celles-ci ? L'employeur peut-il décider de ne pas prendre de mesures unilatérales ?

683. Des mesures plus favorables pour les salariés que les dernières propositions ?.- Les réponses peuvent être, au premier abord, surprenantes : l'employeur ne peut annoncer des mesures plus favorables que celles qui avaient été proposées aux organisations syndicales au cours de la négociation. L'admettre revient à accepter qu'on puisse porter atteinte à l'exercice du droit syndical dans l'entreprise, l'employeur porte

⁶⁹² Il peut être intéressant dans le procès-verbal de désaccord, dans la consignation des propositions des parties, de lier entre elles celles qui étaient indissociables dans l'idée de l'une ou l'autre des parties, de rappeler les contreparties assorties à chaque proposition...

atteinte au crédit même des organisations syndicales et de leurs représentants « puisqu'il apparaîtrait aux yeux des salariés qu'ils obtiennent plus de l'employeur lorsque les organisations syndicales n'interviennent pas⁶⁹³ ». De plus, on peut caractériser sa mauvaise foi et une atteinte à la loyauté dans la négociation. Un délit d'entrave pourrait alors être constitué et les organisations syndicales représentatives ayant participé à la négociation pourraient considérer que cela leur cause un préjudice.

684. Des mesures identiques ou moins favorables pour les salariés que les dernières propositions.- Dans la majorité des cas, l'employeur applique ses dernières propositions. Cette attitude doit être critiquée en ce qu'elle porte atteinte au principe même de la négociation avec les organisations syndicales dans l'entreprise : l'employeur démontre alors que ces mesures peuvent être adoptées alternativement par engagement unilatéral et par accord collectif. Une telle situation a pour effet de mettre sur un pied d'égalité ces deux sources de normes collectives dans l'entreprise, ce qui ne semble pas être une bonne chose. Dans ce but, on peut conseiller à l'employeur de prendre des mesures moins favorables que les dernières propositions faites aux organisations syndicales représentatives présentes à la négociation. Il pourra, en outre, subordonner son engagement à la réalisation de diverses conditions, pour autant qu'elles ne soient pas potestatives⁶⁹⁴. Ainsi, l'écart entre les dernières propositions issues de la négociation et les mesures adoptées éclairera les salariés sur les inconvénients du refus de la conclusion d'un accord collectif⁶⁹⁵.

685. La stricte application du statut collectif en vigueur.- Compte tenu de ces éléments, il apparaît que si l'employeur le souhaite, il peut s'abstenir de prendre toute mesure. Dès lors le statut collectif en vigueur avant l'ouverture de la négociation reste applicable⁶⁹⁶, le juge ne pouvant se substituer à l'employeur et « arrêter les mesures destinées à pallier le désaccord⁶⁹⁷ ». Dans cette hypothèse, l'employeur fait apparaître dans le procès-verbal de désaccord qu'il n'entend pas appliquer de mesures unilatérales de façon explicite sans quoi des salariés pourraient éventuellement lui opposer l'application des dernières propositions.

⁶⁹³ J. Pélissier, La négociation sur les salaires : problèmes juridiques, Droit Social 1984, p. 682.

⁶⁹⁴ Par exemple l'existence d'aides étatiques et donc l'état de la législation, le chiffre d'affaires effectué dans un secteur d'activité...

⁶⁹⁵ Si juridiquement rien ne le justifie, on peut toutefois considérer que ce que l'employeur est prêt à accorder par engagement unilatéral doit toujours être moins favorable que ce qu'il accorderait par accord collectif.

⁶⁹⁶ M-L. Morin, Le droit des salariés à la négociations collective, principe général du droit, LGDJ, p. 524, n°634.

⁶⁹⁷ Cass. Soc., 10 octobre 1989, n°87-19.645, Bull. Civ. V, 1989, n°577.

686. Le cas particulier du procès-verbal d'ouverture des négociations portant sur les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes.- Le législateur a prévu un cas où un procès-verbal doit être établi pour que le dépôt de l'accord conclu soit possible. Aux termes de l'article L. 2242-10 du Code du travail, l'accord sur les salaires effectifs devra ainsi être accompagné d'un procès-verbal d'ouverture des négociations portant sur les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes, prévue à l'article L. 2242-7 du même code, consignant les propositions respectives des parties. Celui-ci atteste de l'engagement sérieux et loyal des négociations par l'employeur⁶⁹⁸ : l'administration exerce notamment un contrôle sur l'attitude de celui-ci. Il faudra nécessairement qu'apparaissent les réponses motivées de l'employeur aux propositions des organisations syndicales⁶⁹⁹. L'employeur est seul responsable de l'élaboration de ce procès-verbal. De façon implicite, l'administration reconnaît ici que c'est la partie patronale qui est présumée établir le procès-verbal de désaccord et accomplir les formalités de dépôt lorsqu'un accord est conclu. On peut s'interroger en outre sur l'éventuelle signature, par les parties, du procès-verbal.

B – Signature et dépôt du procès-verbal de désaccord

687. La question de la signature du procès-verbal de désaccord.- Dans la situation la plus souvent rencontrée où l'employeur établit le procès-verbal de désaccord, on peut se demander si les organisations syndicales représentatives ayant participé à la négociation doivent le signer. Certains, comme Messieurs Kesztenbaum et Béal⁷⁰⁰ incitent à sa signature : elle donnerait une plus grande valeur probatoire au procès-verbal, les organisations syndicales reconnaissant par leur signature que ce qui figure dans celui-ci est exact. Toutefois, cette position, louable sur ce point, ne peut être soutenue : si les partenaires sociaux ne reconnaissent pas leurs positions dans la consignation qui en est faite dans le procès-verbal, il leur revient d'agir en justice aux fins de faire modifier celui-ci. De plus, exiger que les organisations syndicales signent aurait pour effet de leur permettre de décider de la date de fin de la négociation, moment où l'employeur retrouve l'exercice de toutes ses prérogatives. Enfin, rendre nécessaire la signature de toutes les parties pour un document dont l'objet est le désaccord existant entre celles-ci est ubuesque : cela revient à exiger un accord

⁶⁹⁸ L'article L. 2242-10 du Code du travail précise que cela implique que « l'employeur ait convoqué à la négociation les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise et fixé le lieu et le calendrier des réunions. »

⁶⁹⁹ J-F. Cesaro, Le Code du travail est pavé de bonnes intentions.- Loi n°2006-340 du 30 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, JCP S 2006, 1273.

⁷⁰⁰ G. Kesztenbaum et S. Béal, Négociation collective dans l'entreprise, 1^{ère} édition, Editions Delmas, 2009.

sur celui-ci. Une négociation en vue de la rédaction du procès-verbal de désaccord aurait alors lieu.

688. Le dépôt du procès-verbal de désaccord.- Le second alinéa de l'article L. 2242-4 du Code du travail prévoit que le procès-verbal « donne lieu à dépôt, à l'initiative de la partie la plus diligente, dans des conditions prévues par voie réglementaire ». Or l'article R. 2242-1 du même code prévoit que ce dépôt a lieu dans les conditions prévues aux articles D. 2231-2 et suivants, c'est-à-dire les conditions de droit commun. Il apparaît dès lors que la procédure de dépôt n'est pas adaptée et peut troubler ses différents acteurs. En effet, l'exigence selon laquelle il faut déposer auprès de la direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi « une version sur support papier signée des parties et une version sur support électronique »⁷⁰¹ n'a pas de sens en l'espèce. De même, la notification prévue à l'article D. 2231-7 du Code du travail du texte aux organisations syndicales représentatives ne sera pas nécessaire. On peut ainsi regretter que le législateur n'ait institué en l'espèce une procédure simplifiée de dépôt tenant compte des particularités du procès-verbal de désaccord. Au contraire, pour les obligations de couverture, le législateur, le Conseil d'Etat et l'administration ont prévu des modalités spécifiques de déroulement de la négociation.

⁷⁰¹ Article D. 2231-2 du Code du travail.

Chapitre II – Déroulement des négociations dans le cadre des obligations de couverture

689. Les obligations de couverture donnent lieu à des négociations proches de celles que l'on peut trouver pour les obligations de négocier. Il convient dès lors de se reporter au chapitre précédent pour les dispositions générales qui régissent la négociation : de l'identification des parties aux accords qui peuvent être conclus, le droit commun s'applique. Toutefois, en raison de la nature atypique des obligations de couverture, il faut revenir sur certaines modalités d'exécution de celles-ci (section 1) avant de dresser un tableau des sanctions qu'encourt l'employeur qui ne les remplit pas (section 2).

Section 1 – Modalités d'exécution de l'obligation de couverture

690. L'employeur qui ne s'acquitte pas de son obligation de couverture risque de lourdes sanctions. La date d'entrée en vigueur des diverses obligations de cette nature est donc primordiale (sous-section 1). De plus, l'employeur peut conclure un accord collectif ou établir un plan d'action à différents niveaux, les effets qu'emportent ceux-ci peuvent varier (sous-section 2).

Sous-section 1 – Entrée en vigueur des obligations de couverture

691. Les obligations de couverture relatives à l'emploi des salariés âgés (§1), à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (§2), à la prévention de la pénibilité (§3) et à l'établissement d'une prime de partage des profits au bénéfice des salariés (§4) ont des dates d'entrée en vigueur différentes en fonction des lois les ayant instituées mais aussi en raison de l'existence, pour certaines, de dispositions transitoires.

§1. Emploi des salariés âgés

692. Aux termes du IV de l'article 87 de la loi n°2008-1330⁷⁰² du 17 décembre 2008 et de l'article R. 138-29 du Code de la Sécurité sociale, le dispositif relatif à l'emploi des salariés âgés institué aux articles L. 138-24 et suivants du même code est entré en vigueur au

⁷⁰² Loi n°2008-1330 du 17 décembre 2008 de financement de la Sécurité sociale pour 2009, JO 18 décembre 2008.

1^{er} janvier 2010. Ni la loi ni le décret n'ont prévu de dispositions transitoires. Cela peut s'expliquer notamment par le faible nombre d'accords conclus dans le cadre de la négociation triennale obligatoire prévue à l'article L. 2242-19 du Code du travail. Une véritable distinction était donc faite entre obligation de négocier et obligation de couverture. Au contraire, en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, les accords antérieurs ont pu être pris en compte.

§2. Egalité professionnelle entre les femmes et les hommes

693. Le législateur, en créant cette obligation de couverture, a pris le soin de laisser plusieurs mois aux employeurs pour se mettre en conformité : sa date d'entrée en vigueur n'a donc pas été fixée au lendemain de la publication de la loi l'instituant au journal officiel (I). De plus, puisque l'obligation de négocier existait antérieurement, un dispositif transitoire a été prévu pour les entreprises où un plan d'action conventionnel ou unilatéral avait été mis en place (II).

I. L'entrée en vigueur, de principe, du dispositif

694. Aux termes du IV de l'article 99 de la loi n°2010-1330 du 9 novembre 2010⁷⁰³, l'article L. 2242-5-1 du Code du travail est entré en vigueur au 1^{er} janvier 2012. A compter de cette date, toutes les entreprises d'au moins cinquante salariés non couvertes par un plan d'action conventionnel ou unilatéral s'exposent à des sanctions. Dans les faits, en raison de la procédure de contrôle, une entreprise n'ayant pas rempli ses obligations dans ce domaine ne serait redevable, si le contrôle avait lieu le 1^{er} janvier 2012, de la pénalité financière qu'au 31 juillet 2012 en l'absence de régularisation. La loi a par ailleurs prévu un dispositif pour les entreprises qui s'étaient déjà penchées sur le sujet.

II. L'entrée en vigueur, aménagée, du dispositif

695. Le IV de l'article 99 de la loi n°2010-1330 du 9 novembre 2010⁷⁰⁴, non codifié, prévoit également des dispositions transitoires d'entrée en vigueur du dispositif. Ainsi, dans les entreprises qui ont conclu un accord collectif ou mis en place un plan d'action unilatéral portant sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes avant le 10 novembre

⁷⁰³ Loi n°2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites, JO 10 novembre 2010.

⁷⁰⁴ Précitée, note 703.

2010, l'article L. 2242-5-1 du Code du travail n'entre en vigueur qu'à l'échéance de l'accord ou du plan d'action. Celui-ci ne doit pas nécessairement être conforme aux prescriptions de l'article R. 2242-2 du même code : il doit simplement avoir été conclu dans le cadre de la négociation obligatoire prévue à l'article L. 2242-5 du Code du travail. On peut d'ores et déjà noter que le plan d'action n'existant pas légalement antérieurement, seul un accord collectif peut entraîner l'application des dispositions transitoires dès lors que ses formalités de dépôt ont été effectuées antérieurement au 10 novembre 2010.

696. Une entrée en vigueur incontrôlée et imprévue.- Un premier problème apparaît pour les accords dont l'échéance du terme a pu survenir avant le 1^{er} janvier 2012. En effet, la situation d'accords à durée déterminée conclus antérieurement au 9 novembre 2010 et dont le terme survenait avant le 1^{er} janvier 2012 ou d'accords à durée indéterminée mis en cause ou dénoncés dans ce même intervalle a pu se présenter. L'ensemble du dispositif est alors entré en vigueur plus tôt que ne l'avait envisagé le législateur. D'autres problèmes apparaissent qui sont propres aux accords collectifs à durée indéterminée et ceux qui sont à durée déterminée.

697. Accords collectif à durée indéterminée.- S'il existe bien une obligation triennale de négocier en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes conformément à l'article L. 2242-5 du Code du travail, rien ne s'oppose à ce qu'un accord à durée indéterminée soit conclu. Dès lors, il ne détermine pas sa date d'échéance. L'article L. 2242-5-1 du même code n'entrerait donc en vigueur que dans le cas où un tel accord, conclu avant le 10 novembre 2010, serait dénoncé dans les conditions prévues à l'article L. 2261-10 du Code du travail, se trouverait mis en cause en application de l'article L. 2261-14 du même code ou cesserait de produire ses effets à la suite d'un accord des parties sur un avenant de révision portant résiliation. C'est seulement dans ces hypothèses que, juridiquement, l'employeur serait considéré comme n'étant plus couvert.

698. La circulaire du 28 octobre 2011⁷⁰⁵ apporte une précision pour le moins contestable quant à l'entrée en vigueur du dispositif qui ne figure ni dans la loi ni dans son décret d'application⁷⁰⁶. « La pénalité n'entre en vigueur qu'à l'échéance de l'accord indépendamment de son contenu et au plus tard dans un délai de trois ans après la conclusion

⁷⁰⁵ Circulaire DGT/DGCS du 28 octobre 2011 relative au champ et aux conditions d'application de la pénalité financière prévue par l'article 99 de la loi n°2010-1330 portant réforme des retraites.

⁷⁰⁶ Décret n°2011-822 du 7 juillet 2011 relatif à la mise en œuvre des obligations des entreprises pour l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, JO 9 juill. 2011.

de celui-ci ». Le lien établi avec l'obligation triennale de négocier en matière d'égalité semble condamnable à plus d'un titre, notamment quant à la volonté des partenaires sociaux. En effet, lorsque l'entreprise était couverte par un accord à durée indéterminée antérieur au 9 novembre 2010, celui-ci cessera d'assurer le report de la date d'entrée en vigueur du dispositif au troisième anniversaire de sa date de conclusion, rendant nécessaire l'ouverture d'une négociation en vue de le réviser ou de conclure un nouvel accord. Cette dernière hypothèse est à déconseiller puisque deux accords sur le même sujet coexistent alors.

699. Accords collectifs à durée déterminée.- Aux termes de l'article L. 2222-4 du Code du travail, un accord collectif conclu pour une durée déterminée ne peut avoir une durée supérieure à 5 ans et, à défaut de stipulations contraires, il continue de produire ses effets comme un accord collectif à durée indéterminée. Dans le cas d'un accord à durée déterminée dont les effets cessent à l'échéance de son terme, c'est au lendemain de celui-ci que l'article L. 2242-5-1 devrait entrer en vigueur. L'administration, en considérant dans la circulaire du 28 octobre 2011⁷⁰⁷, que cela doit avoir lieu au plus tard dans un délai de trois ans après sa conclusion vient ici encore priver d'effets certains accords conclus. En effet, pour ceux dont la durée déterminée était comprise entre trois et cinq ans, il conviendra de les réviser ou d'en conclure un autre dès la troisième année de leur application ou, à défaut, d'établir un plan d'action, pour être exonéré du paiement de la pénalité financière. La volonté des partenaires sociaux se trouve ici être encore mise à mal.

700. Dans le cas d'accords à durée déterminée continuant de produire leurs effets à l'issue de leur terme, on peut alors considérer que la survenance du terme, transformant l'accord en accord à durée indéterminée, permet de rouvrir un délai de trois ans quant à l'entrée en vigueur de l'article L. 2242-5-1 du Code du travail. Toutefois, ici encore, l'administration, en considérant que tout accord ne peut permettre le report de l'entrée en vigueur du dispositif que d'une durée maximale de trois ans, quand bien même il continue de produire ses effets, invalide cette considération. Il convient dès lors de retenir la date anniversaire de l'obligation triennale de négocier sur l'égalité professionnelle : un doux mélange des genres est fait entre obligation de négocier et obligation de couverture... Il n'a pas pu en être de même pour la prévention de la pénibilité, aucune obligation de négocier n'existant antérieurement à la création de l'obligation de couverture.

⁷⁰⁷ Précitée, note 705.

§3. Prévention de la pénibilité

701. Tout comme en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, l'obligation de couverture sur la prévention de la pénibilité n'est pas entrée en vigueur au lendemain de la publication de la loi (I). Un dispositif transitoire qui se révèle en réalité obsolète a également été prévu (II).

I. L'entrée en vigueur, de principe, du dispositif

702. Aux termes du III de l'article 77 de la loi du 9 novembre 2010⁷⁰⁸, l'article L. 138-29 du Code de la Sécurité sociale est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2012. Dès lors, les entreprises employant à cette date au moins cinquante salariés dont plus de 50% sont exposés à des facteurs de risques professionnels⁷⁰⁹ doivent être couvertes par un accord collectif conforme aux dispositions de l'article L. 138-30 du même code ou un plan d'action répondant aux exigences de l'article L. 138-31 du Code de la Sécurité sociale. Dans les faits, si l'entreprise était contrôlée le 1^{er} janvier 2012 et n'était pas en mesure de présenter un accord collectif ou un plan d'action en faveur de la prévention de la pénibilité conforme aux dispositions légales, elle ne serait redevable de la pénalité financière qu'à compter du 31 juillet 2012 dans le cas où elle n'aurait pas régularisé sa situation à cette date. Si la loi ne prévoyait, à l'origine, aucun dispositif transitoire, l'un des décrets du 7 juillet 2011 en a institué un⁷¹⁰.

II. Des dispositions transitoires inopérantes ?

703. Le décret n°2011-823 du 7 juillet 2011⁷¹¹, en son article 2, alinéa 2, est allé au-delà de ce qu'avait prévu la loi. Il prévoit en effet que « jusqu'à leur expiration et dans la limite de trois ans à compter de leur conclusion ou de leur élaboration, les accords ou plans d'action existant à la date de publicité du décret prévu par l'article L. 138-30 du Code de la Sécurité sociale valent accords ou plans d'action relatifs à la prévention de la pénibilité, dès lors que leur contenu est conforme à celui défini par ce texte ». Plusieurs critiques peuvent être faites sur ce texte.

⁷⁰⁸ Loi n°2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites, JO 10 novembre 2010.

⁷⁰⁹ Déterminés à l'article L. 4121-3-1 du Code du travail.

⁷¹⁰ Décret n°2011-823 du 7 juillet 2011 relatif à la pénalité pour défaut d'accord ou de plan d'action relatif à la prévention de la pénibilité mentionnée à l'article L. 138-29 du Code de la Sécurité sociale, JO 9 juillet 2011.

⁷¹¹ Précité, note 710.

704. Séparation des pouvoirs.- D'abord, la création de ce dispositif transitoire n'avait pas été envisagée par le législateur alors qu'il l'a fait pour l'obligation de couverture sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. On peut regretter ici, en droit strict, que le pouvoir réglementaire ait créé un tel mécanisme non autorisé par la loi.

705. L'impossible conformité de l'accord ou du plan d'action : un dispositif transitoire obsolète.- Par le jeu des renvois, il apparaît que l'accord ou le plan d'action existant au 9 juillet 2011 doit avoir un contenu conforme aux articles D. 138-26 et suivants du Code de la Sécurité sociale créés par un décret du 7 juillet 2011⁷¹². Or, la notion de plan d'action sur ce sujet n'existait pas jusqu'à ces décrets, et sauf dans le cas où un accord aurait été conclu et déposé entre le 7 juillet et le 9 juillet 2011, il est difficile d'imaginer une conformité de celui-ci aux dispositions réglementaires. Le décret créant le dispositif transitoire renvoyant à un décret du même jour définissant les conditions de formes des accords et plans d'action institue en réalité un dispositif à la durée de vie limitée, voire mort-né.

706. Un dispositif réanimé par l'administration.- L'administration, dans une circulaire du 28 octobre 2011⁷¹³, considère qu'un accord ou un plan d'action dans lequel figurerait des clauses relatives à la prévention de la pénibilité pourrait suspendre l'entrée en vigueur de l'article L. 138-29 du Code de la Sécurité sociale jusqu'à son expiration et au plus tard trois ans à compter de sa conclusion ou de son élaboration. Elle précise toutefois qu'une conformité du contenu de cet accord ou de ce plan d'action au décret n°2011-824 du 7 juillet 2011⁷¹⁴ est nécessaire. En pratique, une telle régularité semble impossible. En conséquence, l'administration conseille aux entreprises de se rapprocher de la Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi dont elle relève. Les branches devaient se rapprocher de la Direction générale du travail afin de faire valider leurs accords⁷¹⁵.

⁷¹² Décret n°2011-824 du 7 juillet 2011 relatif aux accords conclus en faveur de la prévention de la pénibilité, JO 9 juillet 2011.

⁷¹³ Circulaire DGT n°08 du 28 octobre 2011 relative aux accords et plans d'action en faveur de la prévention de la pénibilité prévus à l'article L. 138-29 du Code de la Sécurité sociale.

⁷¹⁴ Précité., note 712.

⁷¹⁵ Seul l'accord national du 4 décembre 2009 relatif à l'emploi des salariés âgés dans la Métallurgie, extension du 10 mars 2010, JO 18 mars 2010, a été considéré comme conforme. Toutefois, il s'agit d'un accord qui arrive à échéance le 31 décembre 2012 et pour lequel la négociation de révision a échoué. Ainsi, toutes les entreprises de la branche de la Métallurgie de plus de cinquante salariés ayant au moins 50% d'entre eux qui sont exposés à des facteurs de pénibilité devront conclure un accord d'entreprise ou élaborer un plan d'action prenant effet au 1^{er} janvier 2013.

707. Limitation dans le temps de l'effet exonératoire des accords collectifs et des plans d'action.- Enfin, comme en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes⁷¹⁶, la restriction temporelle qui est faite, puisque l'accord ou le plan d'action peut avoir été conclu ou élaboré pour une durée indéterminée mais n'exonérera l'employeur de son obligation de couverture que pour une durée limite de trois ans, va à l'encontre de la liberté des parties à la négociation collective et ce d'autant plus qu'en matière de prévention de la pénibilité, il n'existe pas d'obligation de négocier au niveau des entreprises. On peut supposer que l'administration a souhaité calquer le fonctionnement de cette obligation de couverture sur celle qui existe pour l'égalité professionnelle : rien ne le justifie en l'espèce. Cette période de trois ans peut également trouver son origine dans la durée maximale de l'accord collectif et du plan d'action telle qu'elle est, respectivement, définie aux articles L. 138-30 et L. 138-31 du Code de la Sécurité sociale. L'entrée en vigueur de l'obligation de couverture relative à la prime de partage des profits soulève bien moins d'interrogations.

§4. Prime de partage des profits

708. Une entrée en vigueur aux effets rétroactifs.- La loi n°2011-894 du 28 juillet 2011⁷¹⁷, publiée le 29 juillet au journal officiel, est entrée en vigueur le lendemain de sa publication. Ainsi, toutes les décisions d'attribution de dividendes prises depuis le 1^{er} janvier 2011 au titre du dernier exercice clos devaient donner lieu à l'application des dispositions sur la prime de partage des profits. Or un délai de trois mois était accordé à l'employeur pour négocier ou, en cas d'échec de la négociation, pour prendre une décision unilatérale portant sur cette prime. Si l'attribution des dividendes avait eu lieu antérieurement à la promulgation de la loi, ce délai était remplacé par une date limite fixée au 31 octobre 2011.

709. Une application limitée dans le temps ?.- Aux termes du XIV de l'article 1 de la loi n°2011-894 du 28 juillet 2011⁷¹⁸, cette obligation de couverture pèsera sur les employeurs « jusqu'à l'intervention d'une loi suivant les résultats d'une négociation nationale interprofessionnelle, au plus tard le 31 décembre 2013 sur le partage de la valeur ajoutée [...] ». On peut dès lors s'interroger sur l'évolution de celle-ci dans l'hypothèse où aucune loi ne serait promulguée en la matière au 31 décembre 2013. Tout laisse à penser que l'obligation

⁷¹⁶ Cf. paragraphe précédent, et la distinction accords à durée déterminée et accords à durée indéterminée : les mêmes critiques peuvent être faites ici.

⁷¹⁷ Loi n°2011-894 du 28 juillet 2011 de financement rectificative pour 2011, JO 29 juillet 2011.

⁷¹⁸ Précitée, 717.

de couverture va perdurer. Il convient donc de définir le périmètre dans lequel l'accord ou la décision unilatérale peut permettre à un ou plusieurs employeurs de s'exonérer de leurs obligations de couverture.

Sous-section 2 – Périmètre de couverture et instrument juridique

710. La norme collective, et le niveau de son élaboration, permettant à l'employeur de remplir son obligation de couverture varient en fonction de la nature de cette dernière. Il faut donc analyser successivement celles qui sont relatives à l'emploi des salariés âgés (§1), à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (§2), à la prévention de la pénibilité (§3) et à l'établissement d'une prime de partage des profits au bénéfice des salariés (§4).

§1. Emploi des salariés âgés

711. Plan d'action conventionnel ou unilatéral : niveau d'élaboration.- L'employeur est considéré comme ayant rempli son obligation de couverture dans trois hypothèses : lorsqu'un accord collectif d'entreprise ou de groupe a été conclu, lorsqu'il a élaboré un plan d'action par décision unilatérale ou lorsqu'il appartient à une branche dans laquelle un accord de branche étendu existe en la matière. Le plan d'action conventionnel ou unilatéral doit nécessairement faire l'objet des formalités de dépôt prévues à l'article L. 2231-6 du Code du travail. Le renvoi à ce texte peut poser des problèmes en pratique, notamment lorsque c'est une décision unilatérale qui est déposée, le bordereau de dépôt n'étant pas adapté. Si l'accord collectif d'entreprise ou de groupe exonère toutes les entreprises qui entrent dans son champ d'application du champ de la pénalité, il n'en est pas de même pour l'accord de branche étendu. Ce dernier ne peut être invoqué que par les entreprises, et celles qui appartiennent à des groupes, dont l'effectif est inférieur à trois cents salariés⁷¹⁹. Enfin, il faut relever que la décision unilatérale de groupe n'a, juridiquement, pas d'existence. D'autres problématiques surviennent quant à la durée du plan d'action conventionnel ou unilatéral.

712. Un accord collectif ou une décision unilatérale nécessairement à durée déterminée ?.- Aux termes des articles L. 138-25 et L. 138-26 du Code de la Sécurité sociale, le plan d'action en faveur de l'emploi des salariés âgés, qu'il soit conventionnel ou unilatéral, doit être établi pour une durée maximale de trois ans pour être valide. Cette durée maximale

⁷¹⁹ Cf. supra.

est d'ordre public, les mesures prises dans le cadre de ce plan ne peuvent donc pas être fixées pour une durée supérieure mais il semble envisageable de pouvoir leur donner une durée inférieure. Cependant, si le plan d'action ne peut être établi que pour trois ans, l'accord collectif ou la décision unilatérale qui l'institue pourrait avoir une durée indéterminée. Il est alors nécessaire dans ceux-ci d'insérer une clause relative à la durée des mesures du plan d'action pour une durée de trois ans.

713. Durée du plan d'action.- La source juridique établissant le plan d'action en faveur de l'emploi des salariés âgés peut être un accord collectif ou une décision unilatérale de l'employeur à durée déterminée ou indéterminée. Si l'accord collectif ou la décision unilatérale est conclu ou élaborée pour une durée limitée, celle-ci ne doit pas excéder trois ans. Dans le cas d'un accord collectif, une clause doit figurer dans celui-ci, disposant expressément qu'à l'échéance de son terme, il ne continue pas à produire ses effets comme un accord à durée déterminée⁷²⁰. Dans l'hypothèse où l'accord est conclu pour une durée indéterminée, il faut qu'il comporte une disposition spécifique prévoyant que les mesures composant le plan d'action cesseront de plein droit au plus tard à la date d'échéance des trois ans⁷²¹. Si une telle clause ne figurait pas dans ces accords, on pourrait soutenir que le plan d'action conventionnel ou unilatéral est valable et qu'il cesse ses effets de plein droit à l'échéance des trois ans par le seul effet de la loi. En revanche, s'il est élaboré pour une durée déterminée supérieure à trois ans, un risque de nullité existe.

714. Préconisations.- En tout état de cause, il semble préférable que le plan d'action conventionnel ou unilatéral soit élaboré pour une durée déterminée de trois ans. S'il figure dans une norme collective portant sur d'autres sujets auquel cas il convient d'indiquer qu'à l'échéance du terme de trois ans, les mesures relatives à celui-ci cesseront de plein droit. On retrouve également cette périodicité en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

§2. Egalité professionnelle entre les femmes et les hommes

715. L'obligation de couverture relative à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes porte sur l'un des thèmes de la négociation annuelle obligatoire. Il faut donc

⁷²⁰ En application de l'article L. 2222-4 du Code du travail.

⁷²¹ Une telle clause pourrait être utile pour les accords qui contiennent le plan d'action en faveur de l'emploi des salariés âgés mais qui portent aussi sur d'autres sujets.

distinguer les cas dans lesquels le plan d'action est établi par un accord collectif (I) et ceux dans lesquels il résulte d'une décision unilatérale de l'employeur (II). De plus, des formalités annexes devront être effectuées par l'employeur (III).

I. Conclusion d'un accord relatif à l'égalité professionnelle

716. Une négociation d'entreprise.- La négociation annuelle sur les objectifs d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ainsi que les mesures permettant de les atteindre doit s'engager, comme pour les autres thèmes de négociation annuelle obligatoire, au niveau de l'entreprise⁷²². Au regard de son obligation, et notamment de la sanction qui pèse sur l'employeur en cas d'inexécution de celle-ci, mener la négociation à un autre niveau ne présente pas d'intérêt : si l'ensemble des établissements ne sont pas couverts, c'est l'entreprise dans sa globalité qui est redevable de la pénalité.

717. Unité économique et sociale et groupes d'entreprises.- Dans le cas où une unité économique et sociale a été reconnue, on peut penser que l'accord conclu à ce niveau⁷²³ permettrait aux entreprises d'être couvertes et ce d'autant plus lorsque les seuls délégués syndicaux désignés l'ont été dans ce cadre. L'administration, dans la circulaire du 28 octobre 2011⁷²⁴, exclut cette possibilité. De la même façon, la conclusion sur ce thème d'un accord de groupe, si elle n'est pas interdite, ne saurait exonérer l'entreprise du versement de la pénalité financière puisque la négociation de groupe ne peut se substituer à la négociation obligatoire d'entreprise⁷²⁵.

718. Durée de l'accord collectif.- Les textes sont muets sur ce point. L'accord conclu en application de l'article L. 2242-5-1 du Code du travail et comportant les dispositions prévues à l'article R. 2242-2 du même code peut avoir une durée déterminée ou indéterminée. Toutefois, l'administration considère que l'entreprise n'est couverte que pour une durée de trois ans puisque « l'obligation annuelle de négocier sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans l'entreprise en application de l'article L. 2242-5 du Code du travail devient triennale lorsqu'un accord a été conclu ». Dès lors, par prudence, les entreprises doivent, lorsqu'elles sont couvertes par un accord à durée indéterminée ou un

⁷²² Cf. supra.

⁷²³ Dans l'hypothèse où on reconnaîtrait l'existence de la négociation d'unité économique et sociale et la validité des accords conclus à ce niveau.

⁷²⁴ Circulaire DGT/DGCS du 28 octobre 2011 relative au champ et aux conditions d'application de la pénalité financière prévue par l'article 99 de la loi n°2010-1330 portant réforme des retraites.

⁷²⁵ Cass. Soc., 30 avril 2003, n°01-10.027, Bull. Civ., V, 2003, n°155.

accord à durée déterminée supérieure à trois ans, conclure un avenant à cet accord initial à l'échéance d'un délai de trois ans à compter de la conclusion de ce dernier. A défaut, il convient d'établir un plan d'action par décision unilatérale.

II. Elaboration d'une décision unilatérale établissant un plan d'action

719. Insertion du plan d'action dans un rapport adressé annuellement au comité d'entreprise.- Aux termes de la loi du 9 novembre 2010⁷²⁶ et de son décret d'application⁷²⁷, le plan d'action unilatéral est directement intégré dans le rapport sur la situation économique de l'entreprise prévu à l'article L. 2323-47 du Code du travail⁷²⁸ dans les entreprises dont l'effectif est de moins de trois cents salariés, ou dans le rapport sur la situation comparée des conditions générales d'emploi et de formation des femmes et des hommes dans l'entreprises prévu à l'article L. 2323-57 du même code⁷²⁹ pour les entreprises de trois cents salariés et plus.

720. Problématique du niveau d'élaboration du plan d'action dans les entreprises à établissements multiples.- Dans les entreprises à établissement unique, le rapport et donc le plan d'action couvrent nécessairement toute l'entreprise. Au contraire, dans les entreprises à établissements multiples, se pose la question de savoir à quel niveau le plan d'action doit être établi. Dans les entreprises de moins de trois cents salariés, le rapport sur la situation économique de l'entreprise élaboré conformément à l'article L. 2323-47 du Code du travail concerne la marche générale de l'entreprise, et relève de la compétence du chef d'entreprise : il doit donc être présenté au comité central d'entreprise. Si l'employeur semble avoir le choix dans le niveau d'élaboration du plan d'action, il paraît plus prudent de le faire au niveau central. Ainsi, tous les établissements seront couverts de façon certaine par un plan d'action.

721. Dans les entreprises d'au moins trois cents salariés, à la lecture du troisième alinéa de l'article L. 2323-58 du Code du travail, il sembler que le rapport sur la situation comparée doive être présenté aux comités d'établissements puis transmis, pour information, au comité central d'entreprise. Un plan d'action en faveur de l'égalité professionnelle entre

⁷²⁶ Loi n°2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites, JO 10 novembre 2010.

⁷²⁷ Décret n°2011-822 du 7 juillet 2011 relatif à la mise en œuvre des obligations des entreprises pour l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, JO 9 juillet 2011.

⁷²⁸ Dont le contenu est précisé à l'article R. 2323-9 du Code du travail.

⁷²⁹ Dont le contenu est précisé à l'article R. 2323-12 du Code du travail.

les femmes et les hommes sera élaboré par chaque chef d'établissement. Toutefois, la circulaire du 28 octobre 2011⁷³⁰ envisage la possibilité d'établir le plan d'action au niveau central pour permettre à l'employeur, après avis du comité central d'entreprise, de s'acquitter de son obligation de couverture. En ce cas, il faut impérativement que ce plan d'action « cadre » soit repris dans les rapports soumis pour avis aux comités d'établissement sans quoi un délit d'entrave au fonctionnement de ces institutions peut être caractérisé.

722. L'absence de mesures de publicité supplémentaires et de durée limitée du plan d'action unilatéral.- En tant que partie intégrante du rapport sur la situation économique de l'entreprise ou du rapport sur la situation comparée des femmes et des hommes, il n'a pas à être déposé à la direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi puisqu'il est transmis à l'inspecteur du travail⁷³¹. Les textes ne précisent pas expressément la périodicité d'élaboration du plan d'action en l'absence d'accord collectif. Or, les rapports prévus aux articles L. 2323-47 et L. 2323-57 du Code du travail sont établis annuellement : faisant partie intégrante de ceux-ci, on peut donc supposer que le plan d'action est renouvelé tous les ans, l'article L. 2323-58 du même code précisant que le rapport comprend les motifs de la non-réalisation de certaines actions qui avaient été prévues. De plus, ces textes imposent l'élaboration d'une synthèse du plan d'action.

III. Etablissement et diffusion d'une synthèse du plan d'action

723. Etablissement d'une synthèse du plan d'action.- La loi du 9 novembre 2010⁷³² a inséré aux articles L. 2323-47 et L. 2323-57 du Code du travail un alinéa aux termes duquel toutes les entreprises auxquelles ces textes s'appliquent, qu'elles soient couvertes ou non par un accord d'entreprise, doivent établir une synthèse du plan d'action. Le décret du 7 juillet 2011 est venu préciser le contenu de celle-ci, insérant dans le Code du travail les articles D. 2232-9-1 et D. 2232-12-1⁷³³.

⁷³⁰ Précitée, note 724.

⁷³¹ En réalité, cette transmission n'est prévue que pour le rapport sur la situation comparée des femmes et des hommes au second alinéa de l'article L. 2323-58 du Code du travail. Toutefois le rapport de situation économique sera dans les faits transmis lui aussi.

⁷³² Précitée, note 726.

⁷³³ Elle contiendra au minimum :

- des indicateurs portant sur la situation respective des femmes et des hommes par rapport :
 - 1° Au salaire médian ou au salaire moyen ;
 - 2° A la durée moyenne entre deux promotions ;
 - 3° A l'exercice de fonctions d'encadrement ou décisionnelles.

724. Diffusion d'une synthèse du plan d'action.- Cette synthèse doit être portée à la connaissance des salariés, par affichage sur les lieux de travail et, éventuellement par tout autre moyen adapté aux conditions d'exercice de l'activité de l'entreprise. Elle doit également être tenue à la disposition de toute personne qui la demanderait et être publiée sur le site internet de l'entreprise lorsqu'il en existe un. L'absence d'élaboration de la synthèse ou le fait de refuser de la communiquer à quelqu'un qui en fait la demande n'ont pas de réel impact sur l'obligation de couverture ni sur un éventuel délit d'entrave : la seule sanction envisageable est une action civile au titre du préjudice consécutif au manquement de l'employeur. Issue de la même loi, l'obligation de couverture relative à la prévention de la pénibilité ne comprend pas de telles mesures de publicité.

§3. Prévention de la pénibilité

725. La conclusion d'un accord en faveur de la prévention de la pénibilité.- En principe, la négociation d'un accord en faveur de la prévention de la pénibilité doit se tenir au niveau de l'entreprise car c'est cette dernière qui, à défaut d'accord ou de plan d'action, est assujettie au paiement de la pénalité financière. Toutefois, tant la loi du 9 novembre 2010⁷³⁴ que ses décrets d'application⁷³⁵ et la circulaire du 28 octobre 2011⁷³⁶ prévoyaient la possibilité de conclure un accord à d'autres niveaux⁷³⁷. Aux termes de l'article L. 138-30 du Code de la Sécurité sociale, l'accord est conclu pour une durée maximale de trois ans : à l'issue de ce délai, il ne peut plus permettre à l'employeur d'être considéré comme ayant rempli son obligation. Cette limitation dans le temps soulève les mêmes interrogations que pour les accords relatifs à l'emploi des salariés âgés⁷³⁸. Dans la pratique, il semble opportun de conclure un accord à durée déterminée de trois ans.

726. L'élaboration d'une décision unilatérale établissant un plan d'action de prévention de la pénibilité.- Tout comme l'accord collectif, le législateur avait prévu que le

-
- les objectifs de progression et les actions, accompagnés d'indicateurs chiffrés, mentionnés à l'article R. 2242-2 du Code du travail.

⁷³⁴ Loi n°2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites, JO 10 novembre 2010.

⁷³⁵ Décret n°2011-824 du 7 juillet 2011 relatif aux accords conclus en faveur de la prévention de la pénibilité, JO 9 juillet 2011, JO 9 juillet 2011,

Décret n°2011-823 du 7 juillet 2011 relatif à la pénalité pour défaut d'accord ou de plan d'action relatif à la prévention de la pénibilité mentionnée à l'article L. 138-29 du Code de la Sécurité sociale, JO 9 juillet 2011.

⁷³⁶ Circulaire DGT n°08 du 28 octobre 2011 relative aux accords et plans d'action en faveur de la prévention de la pénibilité prévus à l'article L. 138-29 du Code de la Sécurité sociale.

⁷³⁷ Cf. supra.

⁷³⁸ Cf. supra.

plan d'action unilatéral puisse être élaboré à différents niveaux même si le principe se trouvait être l'entreprise. Ce dernier apparaît comme le plus pertinent⁷³⁹. En outre, l'article L. 138-31 du Code de la Sécurité sociale limite la durée du plan d'action à un maximum de trois ans⁷⁴⁰. A l'échéance de ce délai, ou d'un délai inférieur, ce qui est peu opportun, l'employeur doit conclure un accord collectif ou élaborer un nouveau plan d'action unilatéral afin d'être considéré comme ayant rempli son obligation de couverture. La décision unilatérale doit faire l'objet d'un dépôt auprès de l'autorité administrative dans les mêmes conditions que l'accord collectif. Le dispositif mis en place pour la prime de partage des profits se distingue nettement de ceux qui ont pu être envisagés et qui étaient assez proches.

§4. Prime de partage des profits

727. Priorité de la négociation.- Aux termes du III de l'article 1^{er} de la loi n°2011-894 du 28 juillet 2011⁷⁴¹, la prime de partage des profits peut être instituée par un accord conclu dans les mêmes conditions qu'un accord de participation⁷⁴². L'élaboration d'une décision unilatérale revêt un caractère subsidiaire, celle-ci ne pouvant intervenir qu'en cas d'échec des négociations⁷⁴³.

728. Rédaction d'un procès-verbal de désaccord *ad hoc*.- Le législateur a créé en la matière une obligation de rédiger un procès-verbal de désaccord bien que les parties se trouvent dans le cadre d'une négociation spontanée qui ne figure pas parmi les négociations obligatoires limitativement énumérées dans le Code du travail aux articles L. 2242-5 et suivants. De plus, le contenu de ce procès-verbal est déterminé par la loi. « Les propositions initiales de l'employeur, en leur dernier état les propositions respectives des parties et la prime que l'employeur s'engage à attribuer unilatéralement »⁷⁴⁴ doivent y être consignées.

729. Dépôt de l'accord et de la décision unilatérale.- L'accord collectif, comme tout accord de participation, donnera lieu à un dépôt auprès de l'autorité administrative. De plus, en cas d'échec des négociations, le procès-verbal de désaccord est également déposé, il est accompagné de l'avis du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel.

⁷³⁹ Cf. supra.

⁷⁴⁰ Les mêmes remarques sur la durée limitée du plan d'action peuvent également être faites en l'espèce.

⁷⁴¹ Loi n°2011-894 du 28 juillet 2011 de financement rectificative pour 2011, JO 29 juillet 2011.

⁷⁴² Articles L. 3322-6 et L. 3322-7 du Code du travail.

⁷⁴³ Cf. supra.

⁷⁴⁴ Cf. supra.

L'administration relève toutefois, dans sa circulaire du 29 juillet 2011⁷⁴⁵ que le procès-verbal dans son intégralité ne doit pas nécessairement faire l'objet du dépôt : la seule décision unilatérale de l'employeur peut en être extraite. Si aucun délai de dépôt n'est imposé, dès lors qu'il conditionne les exonérations de charges sociales attachées à la prime, on peut conseiller d'en effectuer les formalités au plus vite, et en toute hypothèse avant le versement de la prime.

730. Information des salariés.- Le dernier alinéa du III de l'article 1^{er} de la loi n°2011-894 du 28 juillet 2011⁷⁴⁶ prévoit la remise d'une note d'information à chaque salarié concerné « précisant éventuellement les modalités de calcul de la prime ainsi que son montant et la date de son versement ». La circulaire du 29 juillet 2011⁷⁴⁷ précise que cette note doit être diffusée à l'ensemble des salariés et peut l'être sur n'importe quel support : papier ou message informatique. De plus, l'administration considère que le salarié doit être en mesure, à partir de ces informations, de calculer le montant individuel lui revenant. Enfin, si aucune date n'est définie, il semble que cette note doive être remise au plus tard lors du versement de la prime. Aucune sanction n'est expressément prévue par la loi dans l'hypothèse où l'employeur ne s'acquitte pas de son obligation d'information. En revanche, il s'expose à certaines sanctions dans le cas où il viole son obligation de couverture.

Section 2 – Sanctions de la violation de l'obligation de couverture

731. Les obligations de couverture peuvent être distinguées en fonction des sanctions qui pèsent sur l'employeur en cas d'inexécution de celles-ci. Le législateur a ainsi créé dans certains cas des pénalités financières (sous-section 1). Dans d'autres cas, ce sont des sanctions préexistantes qui pèsent sur l'employeur (sous-section 2).

Sous-section 1 – Les dispositifs à pénalité financière

732. Les dispositifs à pénalité financière peuvent être classés en deux catégories créées, de facto, par les lois qui les ont institué. La première tient à l'obligation de couverture relative à l'emploi des salariés âgés (§1) alors que la seconde comprend les obligations de

⁷⁴⁵ Circulaire DGT-DGTr-DSS du 29 juillet 2011 sur la prime de partage des profits instituée par la loi n°2011-894 du 28 juillet 2011 de financement rectificative de la Sécurité sociale pour 2011.

⁷⁴⁶ Précitée, note 741.

⁷⁴⁷ Précitée, note 745.

couverture relatives à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, et à la prévention de la pénibilité (§2).

§1. L'emploi des salariés âgés

733. Compte tenu des conditions, déterminées par la loi et ses décrets d'application, auxquelles doit répondre le plan d'action conventionnel ou unilatéral en faveur de l'emploi des salariés âgés, dans un souci de sécurité juridique, le législateur a prévu une procédure de rescrit permettant de le rendre opposable à l'administration (I). De plus, une pénalité financière sanctionne l'absence de plan d'action ou sa non-conformité aux dispositions légales et réglementaires (II).

I. La procédure de rescrit : l'opposabilité du plan d'action conventionnel ou unilatéral à l'administration

734. Il faut rappeler que le dépôt du plan d'action, qu'il soit conventionnel ou unilatéral, conditionne son opposabilité à l'administration. Cependant, le contrôle de l'existence et de la conformité du plan d'action étant effectués par des organismes de recouvrement des cotisations de Sécurité sociale, le législateur a prévu que l'employeur puisse demander à l'administration la validation de son plan.

735. Caractère facultatif du rescrit.- Aux termes des articles L. 138-27 et R. 138-31 du Code de la Sécurité sociale, les entreprises peuvent demander au préfet de région si le contenu du plan d'action qu'elles ont établi les exonère du paiement de la pénalité. L'administration, dans la circulaire du 9 juillet 2009⁷⁴⁸, précise que les attributions du préfet de région sont exercées, en cas de délégation de signature, par le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi compétent. Ce recours au rescrit social est facultatif mais s'il est exercé, la réponse de l'administration vaut décision de nature administrative. Si elle est favorable, l'employeur est certain qu'il ne peut faire pas l'objet d'un redressement en cas de contrôle.

⁷⁴⁸ Circulaire DGEFP-DGT-DSS n°2009-31 du 9 juillet 2009 relative aux accords et aux plans d'action en faveur de l'emploi des salariés âgés prévus par l'article 87 de la loi n°2008-1330 de financement de la Sécurité sociale pour 2009.

736. Moment de la demande.- Les textes ne précisent pas à quel moment l'employeur peut effectuer sa demande de validation. Toutefois, il est conseillé d'utiliser cette procédure au moment du dépôt du plan d'action, car cette demande ne peut être faite lorsque l'entreprise est en cours de contrôle par l'organisme du recouvrement de la pénalité⁷⁴⁹. Or, la demande doit être formulée selon une procédure semblable à celle du rescrit social et comprend plusieurs étapes.

737. Demande de l'entreprise.- La demande de l'entreprise doit nécessairement se faire par écrit, elle peut être adressée par tout moyen permettant d'établir sa date certaine, y compris de façon dématérialisée. Certaines mentions obligatoires sont requises : elle doit préciser qu'elle est effectuée au titre de l'article L. 138-27 du Code de la Sécurité sociale et qu'elle a pour objet la confirmation que l'entreprise ou le groupe peut s'exonérer de la pénalité financière instaurée par l'article L. 138-24 du même code. De plus, l'article R. 138-31 du Code de la Sécurité sociale dispose que la demande doit comporter des informations relatives à l'identification de l'entreprise⁷⁵⁰, l'identifiant de convention collective⁷⁵¹ et des éléments permettant d'apprécier si les conditions requises par la législation pour que l'entreprise ou le groupe puisse s'exonérer de la pénalité sont satisfaites⁷⁵².

738. Instruction de la demande et réponse de l'administration.- A compter de la réception de la demande, l'administration dispose d'un délai de trente jours pour demander à l'entreprise ou au groupe d'autres pièces ou informations nécessaires à l'instruction de sa demande⁷⁵³, au-delà de ce délai, elle est réputée complète. Le préfet de région, ou son délégué, a alors trois mois pour notifier sa réponse à l'entreprise ou au groupe. Il ressort de la circulaire du 9 juillet 2009⁷⁵⁴ que l'administration effectue un simple contrôle de conformité aux exigences légales et réglementaires, elle ne peut apprécier le contenu du plan d'action en opportunité. Le silence gardé par l'administration au-delà du délai de trois mois

⁷⁴⁹ Une exception existe d'après la circulaire du 9 juillet 2009 puisqu'un groupe peut engager la procédure du rescrit social quand bien même une ou plusieurs des entreprises le constituant serait en cours de contrôle.

⁷⁵⁰ Il s'agit notamment du numéro du système d'information du répertoire des entreprises (SIREN ou SIRET), il faudra le fournir pour les entreprises du groupe, et s'il y a lieu, ceux des établissements.

⁷⁵¹ Celui-ci permettra de déterminer si une entreprise dont l'effectif comprend au moins cinquante salariés et est inférieur à trois cents salariés, ou une entreprise appartenant à un groupe remplissant les mêmes conditions d'effectif, peut s'exonérer du paiement de la pénalité si elle est couverte par un accord de branche validé et étendu.

⁷⁵² Il s'agit notamment des données sociales permettant d'établir l'effectif de l'entreprise mais aussi, et surtout, de la copie du plan d'action conventionnel ou unilatéral.

⁷⁵³ La circulaire du 9 juillet 2009, précitée, note 748, précise que l'administration peut prendre contact avec l'entreprise ou le groupe pour l'aider à constituer un dossier complet permettant d'instruire sa demande, mais aussi le service en charge du dépôt des accords pour avoir la confirmation que le plan d'action conventionnel ou unilatéral a été déposé selon la procédure prévue aux articles D. 2231-4 et suivants du Code du travail.

⁷⁵⁴ Précitée, note 748.

vaut avis favorable de sa part. Toute réponse défavorable doit être motivée et préciser les voies et délais de recours dont elle peut faire l'objet. Une copie de la réponse est adressée à l'organisme en charge du recouvrement des cotisations d'assurance vieillesse compétent pour l'entreprise requérante. Dans l'hypothèse d'une réponse défavorable, elle considère que le plan d'action ne répond pas aux conditions de formes légales et réglementaires : l'entreprise ou le groupe est considéré comme n'étant pas couvert par un plan d'action et peut être sanctionnée à ce titre.

II. La sanction de l'absence de plan d'action couvrant l'entreprise

739. Recouvrement et contrôle de la pénalité.- En l'absence de plan d'action ou si l'entreprise a reçu une réponse défavorable de l'administration, elle doit s'appliquer la pénalité : il s'agit donc d'une pénalité auto-déclarative. Elle est due pour chaque mois entier au cours duquel l'entreprise n'est pas couverte⁷⁵⁵. De plus, elle est recouvrée et contrôlée selon les articles L. 137-3 et L. 137-4 du Code de la Sécurité sociale relatifs à la taxe sur les contributions au bénéfice des salariés pour le financement des prestations complémentaires de prévoyance. Dans le cadre d'un contrôle, l'organisme de recouvrement peut demander à l'autorité administrative si le plan d'action existant permet à l'entreprise de s'exonérer du paiement de la pénalité : elle doit répondre à cette demande de l'organisme de Sécurité sociale dans un délai qui ne saurait excéder un mois⁷⁵⁶. Les unions de recouvrement des cotisations de Sécurité sociale et d'allocations familiales (URSSAF)⁷⁵⁷ procèdent à son recouvrement et à son contrôle selon les règles et sanctions applicables en matière de cotisations à la charge des employeurs assises sur les gains et rémunérations de leurs salariés.

740. Montant et assiette de la pénalité.- Aux termes du troisième alinéa de l'article L. 138-24 du Code de la Sécurité sociale, le montant de la pénalité est « fixé à 1% des rémunérations ou gains, au sens du premier alinéa de l'article L. 242-1 du même code [...], versés aux travailleurs salariés ou assimilés ». Il faut noter que ce montant est fixe, il ne peut donc être modulé par l'administration. Pour la définition de l'assiette de la pénalité, seuls sont pris en compte les salariés de l'entreprise, ceux qui ne sont pas liés par un contrat de travail avec l'entreprise sont exclus de l'assiette de calcul. Tel est le cas des salariés intérimaires et

⁷⁵⁵ Article R. 138-29 du Code de la Sécurité sociale.

⁷⁵⁶ Circulaire DGEFP-DGT-DSS n°2009-31 du 9 juillet 2009 relative aux accords et aux plans d'action en faveur de l'emploi des salariés âgés prévus par l'article 87 de la loi n°2008-1330 de financement de la Sécurité sociale pour 2009.

⁷⁵⁷ Et les caisses générales de Sécurité sociale pour les départements d'outre-mer.

des salariés des entreprises extérieures dont les salaires ne sont pas comptabilisés. Au demeurant, l'entreprise utilisatrice ne les connaît pas.

741. La définition de l'assiette de la pénalité, par référence aux rémunérations et gains versés chaque mois, implique une actualisation mois par mois de la masse salariale des salariés de l'entreprise, ce qui est cohérent compte tenu de l'échéance mensuelle des cotisations et contributions sociales. En faisant référence au premier alinéa de l'article L. 242-1 du Code de la Sécurité sociale, l'article L. 138-24 du même code indique que doivent être prises en compte toutes les sommes versées en contrepartie ou à l'occasion du travail, notamment, les salaires ou gains, les indemnités de congés payés, le montant des retenues pour cotisations ouvrières, les indemnités, primes, gratifications et tous autres avantages en argent, les avantages en nature, les sommes perçues, directement ou par l'entremise d'un tiers, à titre de pourboire, ainsi que la compensation salariale d'une perte de rémunération induite par une mesure de réduction du temps de travail, qu'elle prenne la forme d'un complément différentiel de salaire ou d'une hausse du taux du salaire horaire.

742. Affectation et contentieux de la pénalité.- L'article L. 138-24 de la Sécurité sociale dispose que le produit de la pénalité est affecté à la Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés. Compte tenu des organismes qui procèdent au contrôle et au recouvrement de la pénalité, en toute logique, conformément à l'article L. 137-4 du même code, les différends nés de l'assujettissement à celle-ci relèvent du contentieux général de la Sécurité sociale et sont réglés selon les dispositions applicables aux cotisations de Sécurité sociale. Cependant, les décisions rendues par les tribunaux de Sécurité sociale jugeant de ces différends sont susceptibles d'appel quel que soit le montant du litige. Si l'une des obligations de couverture issues de la loi du 9 novembre 2010⁷⁵⁸ relève aussi de ces juridictions, ce n'est pas le cas de l'autre.

§2. Les dispositifs issus de la loi du 9 novembre 2010

743. La loi du 9 novembre 2010 a créé l'obligation de couverture relative à la prévention de la pénibilité et celle qui porte sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. Si l'une et l'autre ont respectivement été insérées dans le Code de la Sécurité sociale et dans le Code du travail, les procédures de contrôle et de détermination du montant

⁷⁵⁸ Loi n°2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites, JO 10 novembre 2010.

de la pénalité sont similaires (I). Toutefois, les modalités de recouvrement des pénalités financières pouvant peser sur l'employeur et le calcul de leur montant diffèrent (II).

I. Contrôle et dialogue avec l'administration : similitudes

744. Deux décrets sont intervenus le 7 juillet 2011⁷⁵⁹ pour définir, notamment, les modalités de contrôle du respect de chacune des obligations de couverture (A) et la procédure qui s'engage lorsque l'employeur n'a pas exécuté l'une d'elles (B).

A – Modalités de contrôle du respect de l'obligation

745. Absence de procédure de rescrit permettant de rendre opposable le plan d'action à l'administration.- Contrairement à la procédure retenue pour les plans d'action conventionnels et unilatéraux sur les conditions du retour et du maintien dans l'emploi des salariés âgés, il n'y a pas ici de procédure de rescrit permettant à l'employeur de s'assurer de la conformité de ceux-ci aux prescriptions légales et réglementaires. Le contrôle de la conformité du plan d'action se fait toujours *a posteriori* pour ces deux obligations de couverture.

746. Contrôle de l'inspection du travail.- Conformément à l'article L. 8112-1 du Code du travail qui donne à l'inspection du travail la mission de veiller à l'application de ce même code, l'article R. 2242-3 en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, et l'article R. 138-34 du Code de la Sécurité sociale en matière de prévention de la pénibilité confient à l'inspecteur ou au contrôleur du travail la mission de veiller au respect par les entreprises d'au moins cinquante salariés⁷⁶⁰ de leur obligation d'être couvertes par un accord collectif ou par un plan d'action conforme aux prescriptions de la loi et de ses décrets d'application.

747. L'exercice de son pouvoir de contrôle suppose que l'inspecteur ou le contrôleur du travail effectue une visite dans l'entreprise aux fins de vérifier qu'elle est à jour de ses obligations au regard des articles L. 2242-5-1 du Code du travail et L. 138-29 du Code

⁷⁵⁹ Décret n°2011-822 du 7 juillet 2011 relatif à la mise en œuvre des obligations des entreprises pour l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, JO 9 juillet 2011 ;

Décret n°2011-823 du 7 juillet 2011 relatif à la pénalité pour défaut d'accord ou de plan d'action relatif à la prévention de la pénibilité mentionnée à l'article L. 138-29 du Code de la Sécurité sociale, JO 9 juillet 2011.

⁷⁶⁰ Et qui emploient au moins 50% de salariés exposés à des facteurs de pénibilité pour l'obligation de couverture relative à la prévention de la pénibilité.

de la Sécurité sociale. A l'occasion de cette visite, il peut se faire présenter, comme le prévoit l'article L. 8113-4 du Code du travail, les accords d'entreprise conclus ou les plans d'action mis en place unilatéralement en faveur de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, et en faveur de la prévention de la pénibilité, afin de s'assurer de leur conformité aux dispositions législatives et réglementaires.

748. Etendue du contrôle.- Dans le cadre de l'exercice de son contrôle, l'inspecteur ou le contrôleur du travail vérifie l'existence d'un accord collectif ou d'une décision établissant un plan d'action relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et, le cas échéant, à la prévention de la pénibilité. Il s'assure également que le contenu de celui-ci est conforme, sous réserve de l'application des dispositions transitoires⁷⁶¹, aux dispositions de l'article R. 2242-2 du Code du travail⁷⁶² dans le premier cas, et à celles des articles D. 138-27 et D. 138-28 du Code de la Sécurité sociale dans le second⁷⁶³.

749. Les circulaires du 28 octobre 2011⁷⁶⁴, relatives à chacune des obligations de couverture, donnent une grille d'analyse des accords et plans d'action à l'inspection du travail organisant son contrôle. A la lecture de celles-ci, les entreprises doivent veiller à ce que les différents termes prévus par voie réglementaire apparaissent de façon suffisamment claire et précise : il faut leur conseiller de les reprendre littéralement. Toutefois, le pouvoir de contrôle de l'inspection du travail ne permet pas à ses agents d'évaluer ou d'apprécier l'opportunité des mesures prises. L'inspecteur ou le contrôleur du travail ne peut donc, le cas échéant, constater le non respect par l'entreprise de ses obligations qu'en l'absence d'accord collectif ou de plan d'action unilatéral, ou lorsque ceux-ci ne sont pas conformes aux prescriptions réglementaires. Il met alors en demeure l'entreprise de se mettre en conformité avec son obligation.

B – Mise en demeure et dialogue avec l'administration

750. La notification de la mise en demeure est le point de départ d'un dialogue entre l'entreprise et l'administration (1°) à l'issue duquel le directeur régional des entreprises, de la

⁷⁶¹ Cf. supra.

⁷⁶² Cf. supra.

⁷⁶³ Cf. supra.

⁷⁶⁴ Circulaire DGT n°08 du 28 octobre 2011 relative aux accords et plans d'action en faveur de la prévention de la pénibilité prévus à l'article L. 138-29 du Code de la Sécurité sociale ; Circulaire DGT/DGCS du 28 octobre 2011 relative au champ et aux conditions d'application de la pénalité financière prévue par l'article 99 de la loi n°2010-1330 portant réforme des retraites.

concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi décide d'appliquer ou non la pénalité financière (2°).

1° Notification de la mise en demeure

751. Mise en demeure.- Aux termes des articles R. 2242-3 du Code du travail et R. 138-34 du Code de la Sécurité sociale, lorsque l'inspecteur ou le contrôleur du travail constate que l'entreprise n'est pas couverte par un accord d'entreprise ou une décision unilatérale établissant un plan d'action alors qu'elle le devrait au titre de l'une ou de plusieurs des obligations de couverture, ou que celui-ci n'est pas conforme aux dispositions légales et réglementaires, il doit notifier à l'employeur une mise en demeure de s'y conformer, par lettre recommandée avec accusé de réception, dans un délai de six mois. Il ressort des circulaires du 28 octobre 2011⁷⁶⁵ qu'elle doit lister l'ensemble des manquements relevés et fixer sa date d'échéance.

752. Délai de mise en conformité.- De plus, les articles R. 2242-3 du Code du travail et R. 138-34 du Code de la Sécurité sociale prévoient qu'à compter de la première présentation de la mise en demeure, l'entreprise dispose alors d'un délai de six mois pour se conformer à ses obligations et communiquer à l'inspection du travail, par lettre recommandée avec accusé de réception, un accord d'entreprise ou une décision unilatérale établissant un plan d'action conforme aux prescriptions légales et réglementaires. A défaut de précisions, il apparaît que ce délai doit être décompté en jours calendaires. Si, au terme de celui-ci, l'inspecteur ou le contrôleur du travail estime, à la lumière des documents transmis, que l'employeur n'a pas régularisé entièrement sa situation, il doit l'inviter, dans les formes les plus adéquates, à procéder à cette régularisation. L'invitation ainsi adressée n'a pas pour effet d'ouvrir un nouveau délai de six mois. A sa demande, l'employeur peut être entendu.

753. Justification par l'employeur des motifs de sa défaillance.- Dans le cas où l'entreprise n'est pas en mesure de communiquer un accord collectif ou une décision unilatérale établissant un plan d'action conforme aux exigences légales et réglementaires, elle peut justifier des motifs de sa défaillance au regard de cette obligation. Peuvent être considérés comme tels tous les événements indépendants de la volonté de l'employeur susceptibles de justifier le non-respect de ses obligations. Les circulaires du 28 octobre

⁷⁶⁵ Précitées, note 764.

2011⁷⁶⁶ font référence à l'article R. 2242-6 du Code du travail⁷⁶⁷ qui dresse une liste de motifs de défaillance, non exhaustive⁷⁶⁸, qui peuvent être pris en compte par l'administration⁷⁶⁹.

754. Le texte ne précise pas la forme selon laquelle l'employeur doit les communiquer à l'administration. Il doit toutefois veiller à se ménager la preuve que cela a été fait dans le délai de six mois qui lui était imparti : il est donc conseillé d'y procéder par lettre recommandée avec accusé de réception. L'existence de ces motifs de défaillance ne lie toutefois pas le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi qui conserve un pouvoir discrétionnaire d'appréciation de la situation de l'entreprise au regard de ses obligations s'agissant de l'application de la pénalité et de la fixation de son taux. La liste des motifs de défaillance n'étant pas limitative, l'employeur peut s'appuyer sur tout autre motif propre à justifier la défaillance de son entreprise.

755. Recours contre la décision de mise en demeure.- En principe, une mise en demeure constitue le premier acte d'une procédure qui, à ce titre, ne constitue pas un acte faisant grief et ne peut donc donner lieu à un recours pour excès de pouvoir. Toutefois, le Conseil d'Etat a pu juger que lorsque la mise en demeure constate un fait et annonce une initiative de son auteur, susceptible de léser son destinataire, s'il n'y est pas remédié dans le délai imparti, cet acte fait alors grief et son annulation peut être sollicitée⁷⁷⁰. La mise en demeure pourra donc faire l'objet d'un recours administratif sous la forme d'un recours gracieux, devant l'inspecteur ou le contrôleur du travail, ou d'un recours hiérarchique, devant le ministre du travail. Elle peut également faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ou encore de plein contentieux devant le tribunal administratif. Ces recours doivent être introduits dans un délai de deux mois à compter de la notification de la mise en demeure et ne sont pas, en principe, suspensifs de la décision. Une fois le délai de mise en demeure échu, le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi doit décider d'appliquer ou non la pénalité financière et en fixe, le cas échéant, le taux.

⁷⁶⁶ Précitées, note 764.

⁷⁶⁷ Qui ne porte normalement que sur l'obligation de couverture relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

⁷⁶⁸ L'emploi de l'adverbe « notamment » laisse entendre qu'elle pourra être complétée.

⁷⁶⁹ Peuvent ainsi constituer des motifs valables de défaillance : la survenance de difficultés économiques de l'entreprise, les restructurations ou fusions en cours, l'existence d'une procédure collective en cours, le franchissement du seuil d'effectif dans l'année précédant l'envoi de la mise en demeure de l'inspecteur ou du contrôleur du travail.

⁷⁷⁰ Conseil d'Etat, 23 février 2011, requête n°339.826.

2° Décision du directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi

756. Pouvoir exclusif du directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi.- A l'issue du délai de six mois suivant la mise en demeure ou dès que l'employeur a transmis les éléments de nature à répondre aux manquements constatés, l'inspecteur ou le contrôleur du travail informe le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi de ses conclusions quant à la situation de l'entreprise. Conformément aux articles R. 2242-5 du Code du travail en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, et R. 138-35 du Code de la Sécurité sociale en matière de prévention de la pénibilité, c'est ce dernier qui décide d'appliquer ou non la pénalité financière et qui en détermine, le cas échéant, le taux. Il ne peut déléguer son pouvoir d'appréciation et de notification.

757. Forme de la décision.- Aux termes des articles R. 2242-8 du Code du travail et R. 138-36 du Code de la Sécurité sociale, la notification faite à l'employeur du taux de la pénalité financière doit être faite par lettre recommandée avec accusé de réception. Elle doit en outre être motivée et intervenir dans un délai d'un mois à compter de la mise en demeure de l'inspecteur ou du contrôleur du travail. En tant qu'acte faisant grief, elle peut faire l'objet des mêmes recours que la décision de mise en demeure⁷⁷¹. Le montant de la pénalité n'est cependant pas indiqué : c'est à l'employeur de le déterminer.

II. Recouvrement et montant de la pénalité : différences

758. Les modalités de calcul du montant de la pénalité et de son recouvrement diffèrent entre les deux obligations de couverture relatives à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes d'une part (A), et la prévention de la pénibilité d'autre part (B).

A – Dans le cadre du dispositif relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes

759. Taux de la pénalité financière.- Conformément à l'article L. 2242-5-1 du Code du travail, le montant de la pénalité est fixé au maximum à 1% des rémunérations et

⁷⁷¹ Cf. supra.

gains versés aux salariés de l'entreprise. Ainsi, il résulte de l'article R. 2242-6 du même code que le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi peut en moduler discrétionnairement le taux en tenant compte des motifs de défaillance de l'employeur, des mesures prises dans le domaine de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans l'entreprise et de la bonne foi de l'employeur.

760. L'absence de la prise en compte de l'évolution de l'assiette de la pénalité.-

Aux termes des articles L. 2242-5-1 et R. 2242-7 du Code du travail, la pénalité est calculée sur la base des rémunérations et gains versés⁷⁷² pour chaque mois entier compris dans la période qui débute à compter du terme de la mise en demeure de l'inspection du travail. La définition de l'assiette de la pénalité semble impliquer une actualisation mois par mois de la masse salariale de l'entreprise. Toutefois, ni la loi, ni son décret d'application ne précisent la fréquence à laquelle l'employeur doit fournir cette information à l'administration. Une telle prise en compte conduirait à geler l'appréhension de l'évolution de l'assiette par l'administration alors même que la situation de l'entreprise pourrait évoluer. En effet, dans l'hypothèse où une entreprise serait engagée dans une opération de scission (fait de nature à justifier qu'elle éprouve des difficultés à remplir ses obligations), elle serait redevable d'une pénalité disproportionnée par rapport à ses effectifs ultérieurs.

761. Assiette de la pénalité dans les entreprises multi-établissements.- Il résulte de la circulaire du 28 octobre 2011⁷⁷³ que dans l'hypothèse où l'entreprise est composée de plusieurs établissements et que l'un ou plusieurs d'entre eux ne sont pas couverts par un accord d'établissement ou une décision unilatérale établissant un plan d'action conforme aux prescriptions de l'article R. 2242-2 du Code du travail, l'assiette de la pénalité sera constituée de la masse salariale de l'entreprise et non de celle des seuls établissements défaillants. On peut cependant espérer que l'exécution conforme, dans certains d'entre eux, de l'obligation de couverture pourra être prise en compte par l'administration pour réduire le taux de la pénalité.

762. Le cas litigieux du défaut de communication de la masse salariale.- De plus, l'article L. 2242-5-1 du Code du travail dispose que la pénalité ne peut excéder 1% de la masse salariale. Or, le décret⁷⁷⁴ prévoit qu'en l'absence de communication par l'employeur, la

⁷⁷² Il s'agit de la même définition qu'en matière d'emploi des salariés âgés, Cf. supra.

⁷⁷³ Circulaire DGT/DGCS du 28 octobre 2011 relative au champ et aux conditions d'application de la pénalité financière prévue par l'article 99 de la loi n°2010-1330 portant réforme des retraites.

⁷⁷⁴ Décret n°2011-822 du 7 juillet 2011 relatif à la mise en œuvre des obligations des entreprises pour l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, JO 9 juillet 2011

pénalité est calculée sur la base de deux fois le plafond mensuel de la sécurité sociale. Ce dispositif pourrait aboutir à soumettre l'employeur à une pénalité supérieure à 1% de la masse salariale. Si cette mesure est dissuasive, le décret est illégal sur ce point puisqu'il va au delà des prescriptions de la loi : il ne devrait pas pouvoir substituer à l'assiette fixée par la loi une autre assiette en vue de déterminer le montant de la pénalité financière. La circulaire du 28 octobre 2011⁷⁷⁵ précise toutefois qu'il s'agit d'un mode de calcul de la pénalité à titre provisionnel : la pénalité n'est due sur cette base que jusqu'à ce que l'employeur communique sa masse salariale, après sa communication, une compensation est alors effectuée si nécessaire.

763. Exigibilité de la pénalité.- Aux termes de l'article R. 2242-7 du Code du travail, la pénalité est calculée sur la base des rémunérations et gains versés pour chaque mois entier à compter du terme de la mise en demeure. L'administration a précisé dans la circulaire du 28 octobre 2011⁷⁷⁶ que la pénalité n'est pas rétroactive et ne s'applique qu'à compter de la notification de son taux à l'employeur. Elle est due jusqu'à réception par l'inspecteur ou le contrôleur du travail d'un accord collectif ou d'une décision unilatérale établissant un plan d'action en faveur de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes conforme aux dispositions législatives et réglementaires.

764. Une période plus courte que celle prévue par la loi.- Il résulte de la référence à la notion de mois entier que la pénalité est due pour chaque mois calendaire débutant dès la notification de son taux par le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi. Toutefois, la circulaire utilise le terme de « mois civil entier ». Il en ressort que la pénalité n'est due que pour chaque mois civil ayant débuté après la notification de son taux. On peut noter que l'article L. 2242-5-1 du Code du travail dispose que la pénalité est due au titre des périodes durant lesquelles l'entreprise n'est pas couverte. La date d'entrée en vigueur de l'obligation aurait pu être prise en compte. La période d'exigibilité définie par le décret est donc plus courte que celle qui résulte de la loi. L'administration explique cette réduction par la nécessité de permettre à l'employeur d'être informé de l'étendue de son obligation, ce qui est l'objet de la mise en demeure, avant de pouvoir être sanctionné en raison du non-respect de celle-ci.

⁷⁷⁵ Précitée, note 773.

⁷⁷⁶ Précitée, note 773.

765. Recouvrement de la pénalité et affectation.- Aux termes de l'article R. 2242-8 du Code du travail, une fois qu'il a pris la décision d'appliquer la pénalité et fixé son taux, le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi doit établir un titre de perception qu'il transmet au trésorier payeur général. Ce dernier en assure le recouvrement comme en matière de créance étrangère à l'impôt et au domaine. Le contentieux qui pourrait survenir quant à l'assujettissement à la pénalité relève du juge administratif. Enfin, l'article L. 2242-5-1 du Code du travail dispose que le produit de la pénalité financière est affecté au fonds de solidarité vieillesse. Cette affectation diffère en matière de prévention de la pénibilité.

B – Dans le cadre du dispositif relatif à la prévention de la pénibilité

766. Taux de la pénalité.- Comme en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi décide, en application de l'article R. 138-35 du Code de la Sécurité sociale d'appliquer ou non la pénalité financière, et en fixe le taux. Le dispositif relatif à la prévention de la pénibilité est très proche de celui qui existe dans cette précédente obligation de couverture et suscite les mêmes critiques. L'assiette de la pénalité et les modalités de recouvrement et d'affectation diffèrent toutefois.

767. Assiette de la pénalité.- Aux termes des articles L. 138-29 et R. 138-37 du Code de la Sécurité sociale, la pénalité est calculée sur la base des rémunérations et gains versés aux travailleurs salariés ou assimilés exposés aux facteurs de pénibilité pour chaque mois entier. Ainsi, l'identification des postes pénibles et donc des salariés qui y sont affectés revêt une grande importance puisque c'est uniquement leurs gains et rémunérations qui sont pris en compte. Il faut relever que cette obligation de couverture est la seule, parmi celles dont l'inexécution est sanctionnée par une pénalité financière, pour laquelle l'assiette n'est pas assise sur l'ensemble des salariés.

768. Recouvrement de la pénalité.- Aux termes de l'article R. 138-36 du Code de la Sécurité sociale, le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi doit adresser une copie de la notification à l'employeur de sa décision d'appliquer la pénalité et du taux de celle-ci à l'organisme chargé du recouvrement des cotisations de Sécurité sociale du régime général ou du régime agricole dont dépend l'employeur. Ainsi, comme pour la pénalité sanctionnant l'inexécution de

l'obligation de couverture relative à l'emploi des salariés âgés, les unions de recouvrement des cotisations de Sécurité sociale et d'allocations familiales, ou les caisses générales de Sécurité sociale pour les départements d'outre-mer, en assurent le recouvrement et le contrôle. Les règles, les garanties et sanctions applicables pour les cotisations à la charge des employeurs assises sur les gains et rémunérations des salariés sont donc applicables.

769. Contentieux de la pénalité et affectation.- Les différends nés de l'assujettissement à la pénalité relèvent du contentieux général de la Sécurité sociale et sont réglés selon les dispositions applicables aux cotisations de Sécurité sociale. Toutefois, les décisions rendues par les tribunaux de Sécurité sociale, conformément à l'article L. 137-4 du Code de la Sécurité sociale sont susceptibles d'appel quel que soit le montant du litige. Enfin, il résulte de l'article L. 138-29 du même code que le produit de la pénalité financière est affecté à la branche accidents du travail et maladies professionnelles de la Sécurité sociale.

770. Ainsi, le législateur, pour trois obligations de couverture, qu'il a voulu contraignantes et fortement suivies par les employeurs, a fait le choix de la création de pénalités financières *ad hoc*. Dans le cas de la prime de partage des profits, un tel dispositif n'a pas été adopté : des sanctions antérieurement instituées pèsent sur l'employeur défaillant.

Sous-section 2 – Le dispositif sans pénalité financière : la prime de partage des profits

771. Le législateur, en créant cette obligation de couverture par la loi du 28 juillet 2011⁷⁷⁷, a expressément prévu que son inexécution pouvait être pénalement sanctionnée (§1). De plus, l'existence de sanctions civiles est notamment envisagée par l'administration dans la circulaire du 29 juillet 2011⁷⁷⁸.

§1. Sanctions pénales

772. Les sanctions expressément prévue par la loi instituant le dispositif.- Aux termes du V de l'article 1^{er} de la loi du 28 juillet 2011⁷⁷⁹, « le fait de se soustraire à l'obligation d'engager une négociation [...] est passible des sanctions prévues à l'article L. 2243-2 du Code du travail ». Il s'agit donc des mêmes sanctions qu'en cas de manquement à

⁷⁷⁷ Loi n°2011-894 du 28 juillet 2011 de financement rectificative pour 2011, JO 29 juillet 2011.

⁷⁷⁸ Circulaire DGT-DGTr-DSS du 29 juillet 2011 sur la prime de partage des profits instituée par la loi n°2011-894 du 28 juillet 2011 de financement rectificative de la Sécurité sociale pour 2011.

⁷⁷⁹ Précitée, note 777.

l'ouverture de la négociation obligatoire sur l'un des thèmes expressément prévu par la loi, c'est-à-dire une peine d'emprisonnement d'un an et une amende de 3750€. Au-delà de cette seule infraction prévue par le législateur, une autre pourrait également être constituée.

773. Contravention pour méconnaissance d'une disposition légale relative aux accessoires du salaire.- L'inspecteur du travail, lors d'un contrôle dans l'entreprise, pourrait prononcer des contraventions de quatrième classe pour méconnaissance d'une disposition légale relative aux accessoires du salaire, conformément à l'article R. 3246-4 du Code du travail, dans l'hypothèse où l'employeur ne verserait pas la prime alors que ses conditions de versement sont remplies. L'amende peut alors aller jusqu'à 750€ par salarié concerné. Des sanctions civiles peuvent également être prononcées par le juge.

§2. Sanctions civiles

774. L'injonction sous astreinte de déterminer le montant de la prime.- Dans l'hypothèse où l'entreprise entre dans le champ d'application de l'obligation de couverture relative à la prime de partage des profits mais qu'aucun montant n'est défini pour celle-ci par accord ou par décision unilatérale de l'employeur, le Conseil de prud'hommes peut ordonner à l'employeur de le déterminer. Cette injonction peut être assortie d'astreinte.

775. Enfin, dans le cas où l'employeur ne verse pas la prime qu'il s'est engagé à verser, le Tribunal de Grande Instance peut lui ordonner de procéder à son paiement. Une action en exécution d'un accord collectif pourrait ici être engagée par une ou plusieurs organisations syndicales sur le fondement de l'article L. 2262-11 du Code du travail. Une telle action est également envisageable pour des salariés sur le fondement du respect de l'article L. 2254-1 du même code. Dans les deux cas, des dommages et intérêts appréciés par le juge pourraient être alloués si un préjudice existait.

Conclusion

776. La négociation obligatoire, instrument de l'action publique aux mains de l'Etat.- Composante essentielle du système français des relations professionnelles aujourd'hui, la négociation obligatoire d'entreprise a profondément évolué depuis 1982, au moyen des obligations de négocier et des obligations de couverture. Cette évolution reflète parfois la volonté de l'Etat d'en faire un instrument de l'action publique : l'articulation entre la loi et la norme conventionnelle favorise de plus en plus l'adaptation du statut légal à la situation particulière de la communauté de salariés constituée au niveau de la branche professionnelle, du groupe, de l'unité économique et sociale, de l'entreprise ou de l'établissement. Les effets de la négociation imposée doivent toutefois être relativisés.

777. Un effet quantitatif partiel.- D'un point de vue quantitatif, l'application des obligations de négocier dans les entreprises assujetties varie en fonction des thèmes. Ainsi, au cours de l'année 2010, il apparaît que 24 355 accords d'entreprises⁷⁸⁰ ont été signés par des syndicats⁷⁸¹. 80,9% de ces accords touchent aux salaires et primes (32,8%), au temps de travail (24,6%), ou à la participation, l'intéressement et à l'épargne salariale (23,5%). La première obligation de négocier, issue de la loi du 13 novembre 1982, qui figure à l'article L. 2242-8 du Code du travail et qui porte sur « les salaires effectifs et la durée effective et l'organisation du temps de travail », peut donc être considérée comme efficace. Son effectivité est toutefois partielle puisqu'en 2007, seules 60% des entreprises, dans lesquelles un délégué syndical a été désigné, avaient engagé la négociation obligatoire sur les salaires effectifs⁷⁸². De plus, entre 2005 et 2008, en moyenne seules 78% des entreprises d'au moins dix salariés ayant un délégué syndical en leur sein ont ouvert une négociation dans l'année, toutes thématiques confondues⁷⁸³.

778. Apparition d'incitations de négocier : obligations qui ne disent pas leur nom ?.- Ce constat d'une effectivité partielle a donné lieu à l'apparition, depuis la fin de l'année 2008, à des incitations de négocier : obligations de couverture et sanctions nouvelles

⁷⁸⁰ Données de la Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques (DARES).

⁷⁸¹ Ce sont les accords collectifs, avenants, procès-verbaux de désaccord signés par des délégués syndicaux ou des salariés mandatés : la DARES ne distingue pas les accords plus précisément.

⁷⁸² D. Demailly, D. Folques, A. Naboulet, Les pratiques de rémunération des entreprises : des formules hybrides tant pour les cadres que pour les non-cadres », DARES, premières synthèses, 2010.

⁷⁸³ A. Naboulet, Les accords collectifs d'entreprise conclus en 2009 : un dynamisme entretenu par des incitations à négocier, DARES, analyse, n°31, 2011.

attachées à l'ouverture d'une négociation⁷⁸⁴. Celles-ci vont à l'encontre même de l'un des objectifs du législateur. Même s'il défend l'existence d'un dialogue social autonome et la création de normes conventionnelles, il adopte une position ambivalente en l'encadrant tant dans le temps que dans son objet.

779. La difficile lecture des textes : flou ambient autour de l'assujettissement de l'entreprise.- De plus, si la lisibilité des textes a été améliorée par la recodification en 2008, l'article L. 132-27 du Code du travail qui contenait toutes les obligations de négocier donnant lieu à une section où chacune d'elles fait l'objet d'un article, l'empilement de dispositions réglementaires rend le système nébuleux. En outre, si un champ d'application principal se dégage⁷⁸⁵, diverses obligations ont des champs d'application accessoires qui leurs sont propres. Bien que nul ne soit censé ignorer la loi, cela rend difficile aux employeurs l'appréhension des obligations auxquelles ils sont assujettis. Cette difficulté touche aussi les salariés et leurs représentants lorsqu'on considère que de véritables droits-créances sont constitués à leur égard.

780. Mise en péril de l'équilibre de la négociation.- Emerge alors une véritable rupture d'équilibre dans la négociation. Alors que les partenaires sociaux sont présumés être sur un pied d'égalité, on ne peut contester le fait que l'ensemble des obligations de négocier et des obligations de couverture, et en particulier les sanctions de leur inexécution, pèsent sur l'employeur. La négociation collective est ainsi dévoyée en devenant un outil de la propagande syndicale au détriment d'un moyen d'élaborer un droit conventionnel adapté à la communauté de travailleurs.

781. Des effets qualitatifs douteux.- En outre, les effets qualitatifs de telles obligations sont très limités. Une rapide étude d'accords d'entreprise fait apparaître divers travers parmi lesquels la retranscription d'obligations légales préexistantes ou la formulation de déclarations d'intentions sans effets juridiques. Ce décalage entre le nombre d'accords conclus et leur contenu est particulièrement accentué dans les périodes où de nouvelles obligations sont créées avec un délai de mise en œuvre très court⁷⁸⁶ : leur suraccumulation conduit à ce que les partenaires sociaux les voient uniquement comme une tâche

⁷⁸⁴ Comme, par exemple, la perte du bénéfice de certains allègements de cotisations sociales lorsque la négociation annuelle sur les salaires effectifs n'est pas tenue pendant trois années consécutives : Cf. supra.

⁷⁸⁵ L'entreprise dans laquelle existe une section syndicale d'organisation syndicale représentative et qu'un délégué syndical a été désigné.

⁷⁸⁶ Ce qui est notamment le cas des obligations de couverture portant sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, la prévention de la pénibilité ou la prime de partage des profits (quelques mois).

administrative à exécuter pour s'exonérer de toute sanction, et non plus comme une opportunité d'améliorer les conditions de travail dans l'entreprise.

782. Un rêve : une négociation collective libre.- La négociation obligatoire comprend les obligations de négocier et les obligations de couverture. Depuis 2009, on peut regretter que ces dernières semblent avoir les faveurs du législateur. Elles pourraient être envisagées pour des actions de politiques publiques de court terme, mais elles semblent être pérennes. La création d'un espace de dialogue entre les partenaires sociaux sur ces thèmes ne peut être une réussite lorsque ceux-ci sont contraints et forcés de l'aborder même dans l'hypothèse où ils considéreraient que ce n'est pas d'actualité : leur liberté, qu'ils soient employeur ou salarié, est atteinte. Des obligations de formation et d'information des représentants du personnel pour la négociation auraient probablement des effets plus positifs.

783. Une espérance : une rationalisation de la négociation obligatoire.- Ainsi, une rationalisation de la négociation obligatoire qui passerait à la fois par le regroupement d'obligations portant sur des thèmes connexes et par une harmonisation des différentes périodicités de négociation pourrait être envisagée. Leur nombre trop important aujourd'hui ne permet pas de toutes les traiter avec sérieux dans les structures de petite et moyenne taille. Or, plus d'un salarié sur deux travaille dans une entreprise ou un établissement de moins de vingt salariés : tous ne bénéficient pas du même droit à l'élaboration de leurs conditions de travail, et lorsque tel est le cas, certains sujets se trouvent être « sacrifiés ». De plus, la périodicité de la négociation ne permet pas, pour plusieurs thèmes, de réaliser un diagnostic pertinent de l'évolution de la situation depuis l'accord précédent.

784. La fin d'un rêve, le début d'une espérance ?.- Une dérégulation de la négociation obligatoire n'a qu'une chance infime, voire inexistante, d'être réalisée. Quant à sa rationalisation, le doute est possible. Madame Champion a déposé au Sénat, le 23 décembre 2011 un texte sur l'égalité salariale entre les femmes et les hommes qui a été adopté par le Sénat le 16 février 2012. L'Assemblée nationale ayant suspendu ses travaux avant de l'examiner, cette proposition de loi devra donc être reprise par le Président de la future Assemblée pour être soumise aux votes. Celle-ci outrepassé ce qui existait auparavant : après les obligations de négociation, les obligations de couverture, elle crée une obligation de conclure. A certains égards, ce serait certainement la fin de la négociation collective. Espérons que le législateur en prenne conscience et n'agisse qu'après avoir longuement délibéré.

Index

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Accord collectif

- clauses communes : 656 et s.
- conclusion : 618 et s. ; 647 et s.
- catégoriel : 638 et s. ; 644 ; 645 ; 649.
- dénonciation : 112 ; 657.
- durée : 658.
- mise en cause : 113.
- renouvellement : 657.
- révision : 580 ; 641 et s. ; 657.
- substitution : 114.

Accord d'épargne salariale

- intéressement : 313.
- participation : 310.
- plans d'épargne salariale : 314 et s.

Accord de groupe : 555 et s. ; 632.

Aménagement du temps de travail : 268 et s.

Avenant de révision

- négociation : 641.
- parties : 643.
- conclusion : 642 ; 644 ; 645.

C

Calendrier de réunions : 584 et s.

Comité de groupe : 109.

Comité d'entreprise

- consultation préalable : 619 ; 621.
- information : 341 ; 619 ; 668.
- rapport de situation comparée entre les femmes et les hommes : 423 ; 424 et s. ; 426 et s. ; 595.
- rapport sur la situation économique de l'entreprise : 401 ; 403 ; 423 ; 424 et s. ; 426 et s. ; 719.

Comité d'entreprise européen : 101 et s.

Conditions de retour et de maintien dans l'emploi

- salariés âgés : 348 et s. ; 366 et s.
- travailleurs handicapés : 289 et s.

Contrôle du respect des obligations de couverture

- emploi des salariés âgés : 739.
- égalité professionnelle entre les femmes et les hommes : 744 et s.
- prévention de la pénibilité : 744 et s.
- prime de partage des profits : 773.

Critères

- assujettissement de l'entreprise à la négociation obligatoire : 125 et s.
- assujettissement de l'entreprise à une obligation de couverture : 375 et s. ; 398 et s. ; 431 et s. ; 462 et s.
- représentativité : 139 et s.

D

Délai

- contestation d'une désignation de délégué syndical : 189 ; 200 et s.
- obligation de négocier : 168 et s. ; 562 et s.
- opposition à un accord collectif : 636 et s.
- remise des informations : 587.

Délégation patronale

- assistance de l'employeur par des membres de l'entreprise : 542.
- assistance de l'employeur par des personnes extérieures : 543.
- établissement : 544.
- groupe : 556.
- unité économique et sociale : 545.

Délégation syndicale

- composition : 547 et s.
- crédit d'heure : 553.
- groupe : 557.
- indemnisation du temps passé en négociation : 554.

Délégué syndical

- conditions de désignation : 151 et s.
- notification de la désignation : 188 et s.
- publicité de la désignation : 197 et s.

Délit d'entrave : 107 ; 198 ; 374 ; 401 ; 415 ; 425 ; 427 ; 448 ; 571 ; 599 ; 622 ; 643 ; 683 ; 721.

Dépôt

- forme : 663.
- moment : 662.
- lieu : 664 ; 666.
- pièces annexes : 665.

Diagnostic

- Ecart de rémunération : 277 ; 592 et s.
- Prévention de la pénibilité : 455.

Dialogue social européen : 95 et s.

Discrimination

- positive : 422.
- principe de non-discrimination : 262.

Dommages et intérêts : 41 ; 53 ; 604 ; 614.

Droit d'expression des salariés : 321 et s. ; 519.

Durée de l'accord

- durée déterminée : 699 et s.
- durée indéterminée : 658 ; 697 et s. ; 707.

Durée du travail

- durée effective : 266 et s. ; 271 et s. ; 594.
- négociation obligatoire : 265 et s.

E

Ecart de rémunération : 116 ; 275 et s. ; 592 ; 686.

Echec des négociations

- voir : procès-verbal de désaccord : 491 et s. ; 610 et s. ; 669 et s.

Egalité professionnelle entre les femmes et les hommes

- accord : 417 et s. ; 426 et s. ; 716 et s.
- obligation de couverture : 396 et s.
- obligation de négocier : 281 et s.
- plan d'action : 417 et s. ; 424 et s. ; 719 et s.
- périodicité : 279.
- synthèse : 723 et s.

Egalité salariale

- obligation de négocier : 275.
- procès-verbal : 574 ; 665 ; 686.

Entrée en vigueur

- accord : 633 et s. ; 659 et s.
- obligations de couverture : 691 et s.

Entreprise

- de dimension communautaire : 247 et s.
- de trois cents salariés et plus : 233.

Exonération de cotisations : 304 ; 574 ; 729.

F

Formation professionnelle : 117 ; 283 et s. ; 652.

Frais de santé : 297.

G

Gestion prévisionnelle des emplois et des compétences

- licenciement économique : 343.
- négociation : 342 et s.

Groupe d'entreprises

- de dimension communautaire : 250 et s.
- de plus de trois cents salariés : 238 et s.

I

Information

- des salariés : 667 ; 730.
- du comité d'entreprise : 619.
- du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail : 620.
- pour les négociations : 587 et s.

Issue de la négociation

- conclusion d'un accord : 618 et s.
- échec : 669 et s.

L

Lieu de réunion : 584 et s.

M

Mesures unilatérales

- moment de l'interdiction de prendre des – : 608 et s.
- notion : 612.

N

Négociation

- au Canada : 43 et s.
- au Danemark : 75 et s.
- au Japon : 52 et s.
- au Royaume-Uni : 81 et s.
- aux Etats-Unis : 28 et s.
- annuelle obligatoire : 116 ; 255 et s.
- de branche : 116 et s.
- en Allemagne : 78 et s.
- en Espagne : 71 et s.
- en droit international : 89 et s.
- en Italie : 68 et s.
- en Roumanie : 85 et s.
- imposée : 6 et s.
- triennale obligatoire : 117 ; 327 et s.

O

Objectif d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes : 275 et s. ; 281 et s.

Obligation de bonne foi : 30 et s. ; 48.

Opposition à un accord collectif

- absence : 633 et s.
- délai : 636 et s.
- formes : 634 et s.

Organisation syndicale

- catégorielle : 630.
- convocation : 579 et s.
- information obligatoire : 582 ; 587 et s.
- représentativité : 129 et s. ; 139 et s.
- section syndicale : 132 et s. ; 134 et s. ; 147 et s.

Ouverture de la négociation

- initiative : 561 et s.
- carence : 568 et s.

P

Pénalité financière

- égalité professionnelle entre les femmes et les hommes : 759 et s.
- emploi des salariés âgés : 739 et s.
- prévention de la pénibilité : 766 et s.

Périodicité de la négociation : 119 ; 264 ; 273 ; 279 ; 285 ; 292 ; 306 ; 553 ; 561 ; 722.

Plan d'action

- égalité professionnelle entre les femmes et les hommes : 417 et s.
- emploi des salariés âgés : 385 et s.
- prévention de la pénibilité : 452 ; 454 et s.

Présomption d'existence de la section syndicale : 149.

Présomption de représentativité : 131.

Prévoyance maladie

- mise en place : 299 et s.
- notion : 296 et s.

Prime de partage des profits

- accord : 487 et s.
- bénéficiaires : 480 et s.
- champ d'application de l'obligation : 461 et s.
- décision unilatérale : 491 et s.
- délais : 496 et s.
- entrée en vigueur de l'obligation : 708 et s.
- notion : 494 et s. ; 499 et s.
- procès-verbal : 728.
- versement : 730 et s.

Procédure de contrôle

- égalité professionnelle entre les femmes et les hommes : 745 et s.
- emploi des salariés âgés : 734 et s.
- prévention de la pénibilité : 745 et s.

Procès-verbal de désaccord

- auteur : 671 et s.
- circonstances : 673.
- moment : 674 et s.
- contenu : 678 et s.
- signature : 687.
- dépôt : 688.

Procédure de rescrit : 734 et s.

Protocole d'accord préélectoral : 13.

R

Recours : 755 ; 757.

Réunion de négociation : 584 et s.

Révision d'un accord

- avenant : 641.
- champ d'application : 656.
- clause de révision : 657.
- conditions : 643.
- déroulement des négociations : 644 ; 645.

S

Salarié âgé

- notion : 349 et s.
- obligation de couverture : 367 et s.

Sanctions civiles

- manquement au contenu de la négociation : 603 et s.
- prime de partage des profits : 774 et s.
- refus d'ouvrir la négociation : 573.

Sanctions financières : 574.

Sanctions pénales

- manquement au contenu de la négociation : 599 et s.
- prime de partage des profits : 772 et s.
- refus d'ouvrir la négociation : 571 et s.

Section syndicale

- syndicats habilités : 138 et s.
- conditions de création : 147 et s.

T

Thèmes de négociation annuelle obligatoire

- droit d'expression directe et collective des salariés : 321 et s.
- durée effective : 266 et s.
- égalité professionnelle entre les femmes et les hommes : 281 et s.
- emploi des travailleurs handicapés : 289 et s.
- intéressement aux résultats de l'entreprise : 312 et s.
- organisation du temps de travail : 268 et s.
- participation aux résultats de l'entreprise : 309 et s.
- régime de prévoyance maladie : 295 et s.
- plans d'épargne salariale : 314 et s.
- salaires effectifs : 257 et s.
- suppression des écarts de rémunération : 275 et s.

Thèmes de négociation triennale
obligatoire

- déroulement de carrière des salariés exerçant des responsabilités syndicales : 358 et s.
- emploi des salariés âgés : 348 et s.
- gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences : 342 et s.
- stratégie de l'entreprise et ses effets prévisibles sur l'emploi : 337 et s.

Thèmes des obligations de couverture

- emploi des salariés âgés : 367 et s.
- égalité professionnelle entre les femmes et les hommes : 416 et s.
- prévention de la pénibilité : 429 et s.
- prime de partage des profits : 484 et s.

Travail à temps partiel : 271

Travailleur handicapé

- négociation : 289 et s.
- notion : 291.

U

Unité économique et sociale

- notion : 205 et s.
- négociation spontanée : 212 et s.
- négociation obligatoire : 220 et s.
- mono-établissement : 223 ; 226 et s. ; 526 et s.
- pluri-établissements : 224 et s. ; 228

Bibliographie

Ouvrages généraux (par ordre alphabétique)

- F. Favennec-Héry et P-Y. Verkindt, Droit du travail, 3^e édition, Editions LGDJ, 2011.
- F. Gaudu, Droit du travail, 4^e édition, Editions Dalloz, 2011.
- P. Lokiec, Les relations collectives de travail, 1^{ère} édition, PUF, 2011.
- A. Mazeaud, Droit du travail, 7^e édition, Montchrestien, 2010.
- J. Péliissier, G. Auzero et E. Dockès, Droit du travail, 26^e édition, Editions Dalloz, 2011.
- B. Teyssié, Droit du travail : Relations collectives, 7^e édition, Editions Litec, 2011.
- B. Teyssié, Droit européen du travail, 4^e édition, Editions Litec, 2010.

Ouvrages spéciaux (par ordre alphabétique)

- K.R. Andrews, The concept of corporate strategy Homewood III, Dunod, 2005.
- G. Bélier et H-J. Legrand, La négociation collective en entreprise : nouveaux acteurs, nouveaux accords après la loi du 20 août 2008, 2^e édition, Editions Liaisons, 2010.
- A. Bénabent, Droit civil – Les obligations, 12^e édition, Editions Montchrestien, 2010.
- G. Cornu, Vocabulaire juridique, 9^e édition, PUF, 2011.
- M. Despax, Négociations, conventions et accords collectifs, tome VII du Traité de Droit du travail, publié sous la direction de G.H. Camerlynck, Dalloz, 1989.
- B. Fages, Droit des obligations, 2^e édition, Editions LGDJ, 2009.
- R-P. Gagnon, L. Lebel et P. Verge, Droit du travail, Les presses de l'Université Laval, 1991.
- G. Kesztenbaum et S. Béal, Négociation collective dans l'entreprise, 1^{ère} édition, Editions Delmas, 2009.
- L-E-A. Lariche et G. Bonjean, Explication méthodique des « Institutes » de Justinien, Tome I, Editions A. Durand et Pedone-Lauriel, 1878, Paragraphe 817.
- P. Morvan, JCL. Travail traité, Fascicule 31-3 : Licenciement pour motif économique – accompagnement social.
- S. Pereira, La négociation collective d'entreprise après la loi du 20 août 2008, 2010, Mémoire effectué en vue de l'obtention du Master Droit et Pratique des Relations de Travail.
- M-A. Rotschild-Souriac, Les accords collectifs au niveau de l'entreprise, Thèse, 1986.
- F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, Droit civil – Les obligations, 10^e édition, Editions Dalloz, 2009.
- B. Teyssié, JCL. Travail Traité, Fascicule 15.70, Comité d'entreprise européen.
- B. Teyssié, JCL. Travail Traité, Fascicule 92.10, Droit social européen - Sources.
- G. Vachet, JCL. Travail traité, Fascicule 1-30 : Négociation, convention et accords collectifs – Qualification, nature juridique.
- G. Vachet, JCL. Travail traité, Fascicule 1-32 : Négociation, convention et accords collectifs – Conclusion.
- G. Vachet, JCL. Travail traité, Fascicule 1-34 : Négociation, convention et accords collectifs – Application.

- G. Vachet, JCL. Travail traité, Fascicule 1-38 : Négociation, convention et accords collectifs – Cessation.
- J.M. Verdier, Syndicats, tome V du Traité de Droit du travail, publié sous la direction de G.H. Camerlynck, Dalloz, 1966
- R. Walton et R. McKersie, A Behavioral Theory of Labor Negotiations. An Analysis of a social interaction system, New York, McGraw-Hill, 1965.
- Dossier Internationaux, Allemagne, Editions Francis Lefebvre, 8^e édition, 2007.
- Dossier Internationaux, Espagne, Editions Francis Lefebvre, 2008.
- Dossiers Internationaux, Royaume-Uni, Editions Francis Lefebvre, 4^e édition, 2008.

Articles (par ordre alphabétique)

- C. André-Hesse et M. d'Allende, Chartes éthiques, codes de conduite et dispositifs d'alerte professionnelle : aspects pratiques, JCP S 2010, 1213.
- J-F. Cesaro, Le Code du travail est pavé de bonnes intentions.- Loi n°2006-340 du 30 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, JCP S 2006, 1273.
- J-F. Cesaro, Le statut des cadres à l'épreuve du principe d'égalité..., JCP S 2011, 1206.
- Y. Chalaron, « Négociations et accords collectifs d'entreprises », Litec 1990, n°92 et 93
- A. Colson, Penser la négociation en science politique : retour aux sources et perspectives de recherche, Négociations, 2009/2 n° 12, p. 93-106.
- N. Dauxerre et G. Laferrière, Unité économique et sociale et négociation collective, JCP S 2006, 1775.
- D. Gillouet, La désignation du délégué syndical après la loi du 20 août 2008, JCP S 2010, 1136.
- F. Héas, Etat de santé, handicap et discrimination en droit du travail, JCP S 2011, 1279.
- S. Jauffret-Epstein, Le devoir de négocier de bonne foi en droit du travail américain, Revue internationale de droit comparé, 1982, p1123 et s.
- E. Lafuma, De la stratégie comme objet d'information et de la consultation du comité d'entreprise, SSL n°1380 supplément, 2008.
- P. Le Cohu, Négocier la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, Les cahiers du DRH, n° 107, février 2005.
- A. Martinon, La négociation catégorielle, JCP S 2011, 1207.
- M-L. Morin, Le droit des salariés à la négociations collective, principe général du droit, LGDJ, p. 524, n°634.
- C. Neau-Leduc, Les sanctions de la GPEC, Droit Social 2007, p. 1081 et s.
- J. Péliissier, La négociation sur les salaires : problèmes juridiques, Droit Social 1984, p. 680 et s.
- S. Pereira, Jurisprudence sur les avantages catégoriels : vers la fin de la négociation collective ?, JCP S 2011, 1436.
- B. Platel et B. Serizay, L'obligation de négocier dans le domaine de la protection sociale – Réflexions à propos de l'obligation de négocier des garanties de frais médicaux instaurée par la loi (CMU) du 27 juillet 1999, JCP E 2001, p.70.

- H. Rouilleault, La GPEC : au-delà du rapport Rouilleault, RDT 2007.
- S. Spano, La négociation collective sous le régime du Code canadien du travail – recours en cas d’impasse dans un conflit du travail, Bibliothèque du Parlement, 2009.
- A. Stocki, Les sanctions pénales de la négociation collective sur la GPEC, JCP S 2011, 1226.
- B. Teyssié, A propos d’une négociation triennale : commentaire de l’article L. 320-2 du Code du travail, Droit Social 2005, p. 377 et s.
- B. Teyssié, Le comité d’entreprise européen, JCP S 2011, 1489.
- P-Y. Verkindt, La négociation d’entreprise sur les seniors, Droit social, septembre-octobre 2009.
- J-P. Villagi, La convention collective et l’obligation de négocier de bonne foi : les leçons du droit du travail, Revue de droit de l’Université de Sherbrooke, 1996.
- T. Yamaguchi, L’obligation de négociation collective loyale en droit japonais, Revue internationale de droit comparé, 1984, p.291.

Rapports et documents parlementaires, et publications ministérielles (par ordre chronologique)

- Service des affaires européennes du Sénat, La négociation collective, document de travail, 2001.
- Rapport n° 470 (2007-2008) de M. Alain Gournac, fait au nom de la commission des affaires sociales, déposé le 15 juillet 2008.
- Rapport n°83 (2008-2009) de M. Alain Vasselle, fait au nom de la commission des affaires sociales, déposé le 5 novembre 2008, sur la loi n°2008-1330 du 17 décembre 2008 de financement de la Sécurité sociale pour 2009.
- Rapport préparatoire à la concertation avec les partenaires sociaux sur l’égalité professionnelle entre les femmes et les hommes établi par Brigitte Grésy, inspection générale des affaires sociales, juillet 2009.
- D. Demailly, D. Folques, A. Naboulet, Les pratiques de rémunération des entreprises : des formules hybrides tant pour les cadres que pour les non-cadres », DARES, premières synthèses, 2010.
- Rapport n°733 (2009-2010) de M. Dominique Leclerc, fait au nom de la commission des affaires sociales, déposé le 29 septembre 2010.
- Guide pratique du droit du travail, Chapitre 11, Ministère du travail, de l’emploi et de la santé, 11^{ème} Edition, 2011.
- A. Naboulet, Les accords collectifs d’entreprise conclus en 2009 : un dynamisme entretenu par des incitations à négocier, DARES, analyse, n°31, 2011.

Jurisprudence commentée (par ordre chronologique)

- Cass. Soc., 29 juin 1994, n°91-18.640, Bull. Civ. V, 1994, n°219. Droit Social 1995, n°1 p43.
- Cass. Soc., 19 octobre 1994, n°91-20.292, Bull. civ. V, 1994, n°281. Droit Social 1994, n°12 p958.
- Cass. Soc., 27 mai 1997, n°96-60.239, Bull. Civ. V, 1997, n°194. RJS 7/1997, n°7. JCP E 1997, 980.

- Cass. Soc., 23 juin 1999, n°97-43.162, Bull. Civ. V, 1999, n°297. SSL 2001 n°1052, p11.
- Cass. Soc., 19 octobre 1999, n°97-45.907, Bull. Civ. V, 1999, n°386. RJS 11/1999, p1392. SSL 1999 n°954, p12.
- Cass. Soc., 28 novembre 2000, n°98-19.594, Bull. Civ. V, 2000, n°398. Droit Social 2001, n°3 p252. RJS 2/2001 p140.
- Cass. Soc., 7 mars 2001, n°99-60.442, Bull. Civ. V, 2001, n°75. Droit Social 2001, n°5 p569. SSL 2001 n°1023, p12.
- Cass. Soc., 30 mai 2001, n°99-60.466, Bull. Civ. V, 2001, n°194. SSL 2003 n°1133, p19.
- Cass. Soc., 8 janvier 2002, n°00-10.886, Bull. Civ. V, 2002, n°5. JSL 2002 n°95, p13. SSL 2002 n°1064, p7.
- Cass. Soc., 6 mars 2002, n°00-60.268, Inédit. SSL 2003 n°1133, p19.
- Cass. Soc., 26 mars 2002, n°00-17.231, Bull. Civ. V, 2002, n°107. Droit Social 2002, n°6 p617. SSL 2002 n°1071, p10.
- Cass. Soc., 3 décembre 2002, n°01-60.729, Bull. Civ. V, 2002, n°364. SSL 2002 n°1102, p12. JSL 2003 n°116, p14. Droit Ouvrier 2003 n°657, p133.
- Cass. Soc., 30 avril 2003, n°01-10.027, Bull. Civ. V, 2003, n°155. SSL 2003 n°1125, p6. JCP E 2004, 247.
- Cass. Soc., 21 mai 2003, n°01-60.882, Bull. Civ. V, 2003, n°171. Droit Social 2003, n°7-8 p784.
- Cass. Soc., 18 juin 2003, n°02-60.044, Bull. Civ. V, 2003, n°199. Droit Social 2003, n°12 p1134.
- Cass. Soc., 17 septembre 2003, n°01-10.706, Bull. Civ. V, 2003, n°240. JSL 2003 n°133, p14.
- Cass. Soc., 26 novembre 2003, n°02-60.388, Bull. Civ. V, 2003, n°302. Droit Social 2004, n°2 p216. SSL 2005 n°1205 p5.
- Cass. Soc., 2 décembre 2003, n°01-47.010, Bull. Civ. V, 2003, n°310. Droit Social 2004, n°2 p212. JSL 2004, n°137 p13.
- Cass. Soc., 4 février 2004, n°02-60.028, Bull. Civ. V, 2004, n°37. SSL 2004 n°1158, p12. JCP G 2004, 1656.
- Cass. Soc., 5 mai 2004, n°03-60.175, Bull. Civ. V, 2004, n°119. Droit Social 2004, n°7-8 p694. SSL 2004 n°1170, p14. Droit Ouvrier 2004 n°674, p425.
- Cass. Soc., 13 juillet 2004, n°03-60.425, Bull. Civ. V, 2004, n°219. Droit Social 2004, n°11 p944.
- Cass. Soc., 12 janvier 2005, n°03-60.477, Bull. Civ. V, 2005, n°5. JSL 2005 n°161 p18. JCP G 2005, 1372.
- Cass. Soc., 15 février 2006, n°05-60.002, Inédit. JCP S 2006, 1313.
- Cass. Soc., 15 février 2006, n°05-60.178, Bull. Civ. V, 2006, n°71. JCP S 2006, 1298.
- Cass. Soc., 12 juillet 2006, n°05-60.300, Bull. Civ. V, 2006, n°260. JCP S 2007, 1007. JS UIMM 2007, n°713.
- Cass. Soc., 20 décembre 2006, n°05-60.345, Bull. Civ. V, 2006, n°399. Droit Social 2007, n°4 p453. SSL 2007 n°1292, p10. JCP S 2007, 1588. JS UIMM 2007, n°717.
- Cass. Crim., 3 avril 2007, n°06-81.784, Bull. Crim., 2007, n°105. JCP S 2007, 1493.
- Cass. Soc., 20 juin 2007, n°06-60.279, Inédit. JCP S 2007, 1699.

- Cass. Soc., 28 juin 2007, n°06-60.150, Bull. Civ. V, 2007, n°39. JCP S 2007, 1573.
- Cass. Soc., 19 septembre 2007, n°06-60.153, Bull. Civ. V, 2007, n°134. JCP S 2008, 1101.
- Cass. Soc., 16 janvier 2008, n°07-60.163, Bull. Civ. V, 2008, n°9. RJS 4/2008 p353. JCP S 2008, 1256.
- Cass. Soc., 20 février 2008, n°05-45.601, Bull. Civ. V, 2008, n°39. Droit Social 2008, n°5 p530. RJS 5/2008 p407. JCP S 2008, 1305. JS UIMM 2008, N°731.
- Cass. Crim., 28 octobre 2008, n°07-82.799, Inédit. Droit Social 2009, n°4 p504. RJS 3/2009 p226. JCP S 2009, 1468.
- Cass. Soc., 13 novembre 2008, n°07-42.481, Bull. Civ. V, 2008, n°224. RJS 2/2009 p166. JCP S 2009, 1116.
- Cass. Soc., 16 décembre 2008, n°07-43.875, Bull. Civ. V, 2008, n°255. Droit Social 2009, n°4 p500. RJS 3/2009 p219. JCP S 2009, 1140.
- Cass. Soc., 8 avril 2009, n°08-40.256, Bull. Civ. V, 2009, n°102. RJS 6/2009 p489. JCP S 2009, 1458.
- Cass. Soc., 8 juillet 2009, n°09-60.011, n°09-60.031 et n°09-60.032, Bull. Civ. V, 2009, n°180. SSL 2009 n°1412, p6. JCP S 2009, 39.
- Cass. Soc., 23 septembre 2009, n°08-60.520, Bull. Civ. V, 2009, n°199. RJS 12/2009 p835. JCP S 2009, 1525.
- Cass. Soc., 4 novembre 2009, n°09-60.075, Bull. Civ. V, 2009, n°244. RJS 1/2010 p56. SSL 2009 n°1421, p14. JCP S 2009, 1564.
- Cass. Soc., 9 juillet 2009, n°07-42.675, Bull. Civ. V, 2009, n°168. Droit Social 2009, n°12 p1169. RJS 10/2009 p682. JCP S 2009, 1451.
- Cass. Soc., 13 janvier 2010, n°09-60.108, Bull. Civ. V, 2010, n°12. RJS 3/2010 p233. SSL 2010 n°1429, p6. JCP S 2010, 1066.
- Cass. Soc., 10 mars 2010, n°09-60.347, Bull. Civ. V, 2010, n°58. Droit Social 2010, n°5 p600. RJS 5/2010 p385. JCP S 2010, 1205.
- Cass. Soc., 26 mai 2010, n°09-60.278, Bull. Civ. V, 2010, n°117. Droit Social 2010, n°7-8 p861. RJS 8/2010 p615. JCP S 2010, 1335.
- Cass. Soc., 13 juillet 2010, n°10-60.148, Bull. Civ. V, 2010, n°176. Droit Social 2010, n°11 p1133. RJS 11/2010 p769. JCP S 2010, 1402.
- Cass. Soc., 22 septembre 2010, n°09-60.394, Inédit. RJS 12/2010 p852.
- Cass. Soc., 29 octobre 2010, n°09-67.969, Bull. Civ. V, 2010, n°250. RJS 1/2011 p63. Droit Social 2011, n°1 p116. Droit Ouvrier 2011 n°752, p197. JCP S 2010, 1544.
- Cass. Soc., 10 novembre 2010, n°09-60.451, Bull. Civ. V, 2010, n°256. Droit Social 2011, n°4 p414. RJS 1/2011 p61. JCP S 2010, 1550.
- Cass. Crim., 7 décembre 2010, n°10-83.902, Bull. Crim. 2010, n°198. Droit Social 2011, n°5 p599. SSL 2011 n°1489, p7. JCP S 2011, 1226.
- Cass. Soc., 8 décembre 2010, n°09-65.380, Bull. Civ. V. n°287. RJS 3/2011 p232. JCP S 2011, 1064.
- Cass. Soc., 14 décembre 2010, n°10-60.137, Bull. Civ. V, 2010, n°290. RJS 2/2011 p150. JCP S 2011, 1069.
- Cass. Soc., 5 janvier 2011, n°09-69.732, Bull. Civ. V, 2011, n°6. RJS 3/2011 p231. JCP S 2011, 1110.

- Cass. Soc., 9 mars 2011, n°09-69.647, Bull. Civ. V, 2011. Droit Social 2011, n°6 p731. RJS 5/2011 p398. JCP S 2011, 1245.
- Cass. Soc., 31 mai 2011, n°10-14.391, Bull. Civ. V, 2011. Droit Social 2011, n°11 p1132. RJS 8/2011 p647. SSL 2011 n°1504, p96. JCP S 2011, 1405. JS UIMM 2011, n°766.
- Cass. Soc., 8 juin 2011, n°10-14.725, Bull. Civ. V, 2011. RJS 8/2011 p599. SSL 2011 n°1497, p8. JCP S 2011, 1321. JS UIMM 2012, n°770.
- Cass. Soc., 29 juin 2011, n°10-60.394, Bull. Civ. V, 2011. Droit Social 2011, n°11 p1129. RJS 10/2011 p721. JCP E 2011, 1754.
- Cass. Soc., 29 juin 2011, n°10-19.921, Bull. Civ. V, 2011. Droit Social 2011, n°11 p1128. RJS 10/2011 p721. JCP S 2011, 1376.
- Cass. Soc., 18 mai 2011, n°10-60.383, Bull. Civ. V, 2011. Droit Social 2011, n°9-10 p1005. RJS 7/2011 p567. SSL 2011 n°1495, p5. JCP S 2011, 1314. JS UIMM 2011, n°766.
- Cass. Soc., 16 novembre 2011, n°10-28.201, Bull. Civ. V, 2011. Droit Social 2012, n°1 p106. RJS 2/2012 p138. JCP S 2012, 1089.

Table des matières

Sommaire.....	5
Liste des abréviations	6
Introduction	8
Chapitre I – La négociation imposée : outil au service de la participation des salariés ?	9
Section 1 – La notion de négociation imposée	9
Sous-section 1 – La négociation imposée, aux confluent de deux concepts.....	9
§1. Le concept de négociation.....	9
I. La négociation de marchandage : « à cause de ».....	11
II. La négociation régulatrice : « en vue de »	11
III. La négociation, source de principes.....	12
§2. Une obligation, au sens juridique, pour l’une des parties ?	13
Sous-section 2 – L’avènement de la négociation collective.....	14
Section 2 – Les obligations de négocier en droit comparé	16
Sous-section 1 – L’influence du modèle américain	16
§1. La négociation collective aux Etats-Unis	16
I. Le devoir de négocier de bonne foi	17
A – La définition de la bonne foi.....	17
B – La présomption de mauvaise foi	18
II. Le contenu, réglementé, de la négociation et les sanctions de la mauvaise foi.....	19
A – Thèmes de négociation et caractère raisonnable des parties	19
B – Sanctions de la mauvaise foi	20
§2. La négociation collective au Canada.....	21
I. Les obligations incombant aux parties	21
II. Les sanctions des obligations	22
§3. La négociation collective au Japon.....	24
I. Nature de l’obligation de négocier	24
II. Le refus de négocier.....	25
A – Les motifs de refus d’engager la négociation.....	25
B – L’obligation de présenter une contre-proposition	26
III. Les sanctions du manquement à l’obligation de négocier	27
Sous-section 2 – La négociation imposée dans les Etats membres de l’Union Européenne	28
§1. L’absence de négociation imposée, supplée par une obligation de conciliation.....	28
I. L’absence de négociation imposée.....	28
A – En Italie.....	28
B – En Espagne.....	29
II. L’exigence du recours à une procédure de conciliation	30
A – Le système danois	31
B – Le système allemand.....	32
§2. L’existence d’une obligation de négocier.....	32
I. L’obligation de négocier au Royaume-Uni	33
II. L’obligation de négocier en Roumanie	34
Chapitre II – La négociation imposée : mosaïque d’obligations à la seule charge de l’employeur ?.....	35
Section 1 – L’absence d’encadrement de l’obligation de négocier par le droit international.....	35
Sous-section 1 – Une obligation de négocier dans le droit international ?.....	35

Sous-section 2 – Le droit de l’Union Européenne, source d’obligations de négocier ?	37
§1. L’absence d’obligations de négocier dans le dialogue social européen.....	37
§2. La négociation pour la mise en place d’un comité d’entreprise européen : une négociation obligatoire ?.....	39
Section 2 – Le négociation imposée dans le droit du travail français.....	40
Sous-section 1 – L’existence d’obligations, <i>ad hoc</i> , de négocier.....	40
§1. Les obligations de négocier liées à la mise en place d’institutions représentatives du personnel	40
§2. Les autres obligations de négocier.....	42
Sous-section 2 – L’émergence d’obligations, institutionnelles, de négocier depuis la loi du 13 novembre 1982.....	43
§1. Au niveau de la branche	44
§2. A des niveaux inférieurs.....	46
Titre I – Le champ d’application de la négociation imposée.....	47
Chapitre I – Les obligations de négocier.....	47
Section 1 – Entreprises assujetties à l’obligation de négocier.....	47
Sous-section 1 – Critères généraux d’assujettissement	48
§1. Condition textuelle : existence d’au moins une section syndicale d’organisation syndicale représentative	48
I. Avant 2008	48
A – L’établissement de la représentativité d’une organisation syndicale au sein de l’entreprise	49
B – L’absence de formalisme à la constitution d’une section syndicale.....	50
C – Les moyens de preuve de l’existence d’une section syndicale.....	51
II. Depuis 2008	52
A – Les syndicats habilités à créer une section syndicale.....	52
1° Les syndicats représentatifs au sein de l’entreprise	52
2° Les syndicats non représentatifs au sein de l’entreprise	53
B – Conditions de création de la section syndicale : l’importance du nombre d’adhérents.....	54
§2. Condition fonctionnelle : la désignation d’au moins un délégué syndical	56
I. Conditions liées à l’effectif de l’entreprise.....	56
A – Le principe : les entreprises et établissements de plus de cinquante salariés	56
B – Les tempéraments : les entreprises et établissements de moins de cinquante salariés	57
II. Conditions tenant à l’auteur de la désignation	59
III. Conditions tenant au salarié désigné.....	60
A – Conditions tenant à la personne même du salarié	61
B – Condition d’appartenance à l’entreprise.....	62
1° De l’appartenance à l’entreprise à une appartenance à une communauté de travail	62
2° Les hypothèses de désignation d’un délégué syndical dans des cas limites d’exécution du contrat de travail.....	63
C – Condition d’ancienneté	65
D – Le critère de l’audience électorale	66
IV. Importance du respect du formalisme de la désignation.....	69
A – La notification à l’employeur de la désignation.....	69
1° Le périmètre de la désignation du délégué syndical	70
2° Le destinataire de la désignation	71
3° Précisions, supplémentaires, quant au contenu du courrier de désignation	72
B – La publicité par l’affichage sur le panneau réservé aux communications syndicales	72
1° Lieu de l’affichage et opposition de l’employeur à l’exercice de cette formalité.....	73
2° Les effets de l’affichage	74
Sous-section 2 – Cas particuliers	75
§1. Les unités économiques et sociales	75
I. La notion d’unité économique et sociale.....	75
II. Négociation collective dans l’unité économique et sociale.....	77

A – La négociation collective dans le cadre de l’unité économique et sociale	78
1° Importance de l’unité sociale.....	78
2° L’existence, éventuelle, d’établissements distincts au sein de l’unité économique et sociale	79
B – Négociation obligatoire dans l’unité économique et sociale	81
1° L’inexistence d’une obligation de négocier au niveau des unités économiques et sociales	81
2° Vers un assujettissement des unités économiques et sociales à la négociation obligatoire ?	83
§2. Entreprises et groupes de plus de trois cents salariés, et entreprises et groupes de dimension communautaire	85
I. Les entreprises de trois cents salariés et plus	85
II. Les groupes d’entreprises de trois cents salariés et plus astreints à l’obligation de mise en place d’un comité de groupe	87
A – La notion de contrôle	87
B – La notion d’influence dominante	89
III. Les entreprises et groupes d’entreprises de dimension communautaire soumis à l’obligation de constitution d’un comité d’entreprise européen.....	89
A – Les entreprises de dimension communautaire	90
B – Les groupes d’entreprises de dimension communautaire.....	91
Section 2 – Les domaines de la négociation obligatoire.....	92
Sous-section 1 – Les obligations annuelles de négocier.....	92
§1. Les thèmes impératifs de négociation annuelle	93
I. Les salaires effectifs	93
II. La durée effective et l’organisation du temps de travail	96
A – La notion de durée effective du temps de travail	96
B – La notion d’organisation du temps de travail	97
C – Précisions sur la durée effective et l’organisation du temps de travail.....	98
III. La suppression des écarts de rémunération entre les femmes et les hommes	100
§2. Les thèmes annuels de négociation à périodicité variable.....	102
I. L’obligation de négocier sur les objectifs d’égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans l’entreprise ainsi que les mesures permettant de les atteindre.....	103
A – La négociation obligatoire sur l’égalité professionnelle entre les femmes et les hommes en application de l’article L. 2242-5 du Code du travail	103
B – Un thème de négociation dépassant la simple obligation de négocier	105
II. L’obligation de négocier sur les mesures relatives à l’insertion professionnelle et au maintien dans l’emploi des travailleurs handicapés.....	105
§3. Les obligations annuelles de négocier de nature subsidiaire	107
I. L’obligation de négocier sur un régime de prévoyance maladie	108
A – La notion de régime de prévoyance maladie.....	108
B – La nature de l’obligation de couverture au sens de l’article L. 2242-11 du Code du travail	109
C – Les particularités de ce thème de négociation liées à la matière traitée	111
II. L’obligation de négocier en matière d’intéressement, participation et épargne salariale.....	112
A – Les dispositifs d’intéressement, participation et épargne salariale.....	113
1° La participation aux résultats de l’entreprise	113
2° L’intéressement	114
3° Les plans d’épargne salariale.....	115
B – L’impact de la mise en place des différents dispositifs sur les obligations de négocier... ..	116
III. L’obligation de négocier sur le droit d’expression directe et collective des salariés	117
A – Champ d’application et nature de l’obligation de négocier.....	118
B – Objet de la négociation.....	119
Sous-section 2 – Les obligations triennales de négocier	120
§1. La possibilité d’une dissociation des thèmes de négociation triennale.....	120

I. Une seule obligation triennale de négocier recouvrant quatre thèmes ?.....	121
II. Une dissociation éventuelle des thèmes relevant de l'article L. 2242-15 du Code du travail .	123
§2. Les thèmes de négociation triennale.....	124
I. La négociation sur le fondement de l'alinéa 2 de l'article L. 2242-15 du Code du travail.....	124
II. La négociation sur le fondement de l'alinéa 3 de l'article L. 2242-15 du Code du travail	127
A – Un dispositif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences.....	127
B – Des mesures d'accompagnement du dispositif.....	128
III. La négociation sur le fondement de l'article L. 2242-19 du Code du travail.....	129
A – La notion de salarié âgé	130
B – Objet de la négociation sur l'emploi des salariés âgés	131
IV. La négociation sur le fondement de l'article L. 2242-20 du Code du travail	133
Chapitre II – Les obligations de couverture.....	137
Section 1 – L'emploi des salariés âgés.....	137
Sous-section 1 – Obligation de couverture relative à l'emploi des salariés âgés et entreprises assujetties	138
§1. Nature de l'obligation de couverture	138
I. L'exonération de l'employeur du paiement de la pénalité par l'existence d'une norme collective	139
II. Le caractère subsidiaire de la décision unilatérale	140
§2. Champ d'application de la pénalité financière	141
I. Entreprises et groupes concernés.....	142
II. Le calcul de l'effectif.....	143
Sous-section 2 – L'objet de l'obligation de couverture relative à l'emploi des salariés âgés	144
§1. Une articulation nécessaire avec les dispositifs préexistants	145
§2. Le contenu du plan d'action en faveur de l'emploi des salariés âgés	145
I. L'objectif chiffré de maintien dans l'emploi ou de recrutement	146
II. Les actions pour atteindre cet objectif et les indicateurs chiffrés associés.....	147
III. Les modalités de suivi de la mise en œuvre des actions et de la réalisation de l'objectif.....	148
Section 2 – L'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.....	150
Sous-section 1 – Obligation de couverture relative à l'égalité professionnelle et entreprises assujetties	150
§1. Champ d'application de l'obligation de couverture	151
I. Les entreprises soumises à l'obligation annuelle de négocier sur l'égalité professionnelle	151
II. Les autres entreprises entrant dans le champ d'application de la pénalité financière	152
III. Modalités d'appréciation de l'effectif.....	154
§2. Caractère subsidiaire du plan d'action unilatéral.....	156
I. Hypothèse où la négociation annuelle obligatoire est en cours	156
II. Hypothèses où la négociation annuelle obligatoire s'est achevée.....	157
Sous-section 2 – Objet de l'obligation de couverture relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes	157
§1. Contenu de l'accord ou du plan d'action en faveur de l'égalité professionnelle	158
I. Un contenu réglementaire	158
II. L'écueil de la discrimination.....	159
§2. Les difficultés d'articulation avec les rapports à destination du comité d'entreprise en la matière	160
I. En l'absence d'accord collectif en faveur de l'égalité professionnelle.....	161
II. En présence d'un accord collectif en faveur de l'égalité professionnelle	162
Section 3 – La prévention de la pénibilité	163
Sous-section 1 – Obligation de couverture relative à la prévention de la pénibilité et entreprises assujetties	163
§1. Champ d'application de l'obligation de couverture relative à la prévention de la pénibilité	164
I. Entités concernées	164
II. Modalités de calcul de l'effectif.....	166
III. Proportion minimale de salariés exposés aux facteurs de risques professionnels.....	167

§2. Conditions d'exonération du paiement de la pénalité financière prévue à l'article L. 138-29 du Code de la Sécurité sociale.....	169
I. Le caractère alternatif de la décision unilatérale	169
II. L'exonération de l'employeur du paiement de la pénalité par l'existence d'une norme collective.....	171
Sous-section 2 – Contenu de l'accord ou du plan d'action en faveur de la prévention de la pénibilité	173
Section 4 – La prime de partage des profits au bénéfice des salariés.....	175
Sous-section 1 – Champ d'application de l'obligation de couverture relative à la prime de partage des profits	175
§1. Entreprises assujetties à la négociation ou à l'attribution d'un avantage pécuniaire en contrepartie de l'augmentation des dividendes	176
I. Condition liée à la forme sociale.....	176
II. Condition liée à l'effectif.....	177
III. Condition liée aux dividendes.....	178
IV. Appréciation de l'augmentation des dividendes dans les groupes d'entreprises	179
§2. Salariés bénéficiaires	182
Sous-section 2 – Nature de l'obligation de couverture instituée par l'article 1 ^{er} de la loi n°2011-894 du 28 juillet 2011	183
§1. La prime de partage des profits	184
I. Modalités de mise en place	184
A – Négociation d'un accord instituant la prime de partage des profits	184
B – Caractère subsidiaire de la décision unilatérale de l'employeur	185
II. Montant et répartition de la prime de partage des profits.....	186
III. Délais d'institution	187
§2. La possibilité d'instituer un avantage pécuniaire autre que la prime de partage des profits.....	188
I. Singularité de l'avantage pécuniaire permettant l'exonération	188
II. Avantages concernés.....	189

Titre II – Le déroulement de la négociation imposée..... 191

Chapitre I – Déroulement de la négociation obligatoire 192

Section 1 – Modalités de tenue de la négociation obligatoire	192
Sous-section 1 – Le périmètre de la négociation obligatoire.....	192
§1 – Le niveau de la négociation obligatoire.....	193
I. Le cadre de l'entreprise	193
A – Le principe : le niveau de l'entreprise.....	193
B – L'exception : l'établissement ou le groupe d'établissements	194
II. Les cas particuliers.....	196
A – Les unités économiques et sociales.....	197
1° Les unités économiques et sociales mono-établissement	197
2° Les unités économiques et sociales pluri-établissements	198
B – Les groupes d'entreprises.....	199
1° Négociation annuelle obligatoire et groupe d'entreprises.....	199
2° Négociation triennale obligatoire et groupe d'entreprises	201
§2 – Les parties à la négociation obligatoire	202
I. Le cadre de l'entreprise ou de l'établissement	202
A – La délégation patronale	203
B – La délégation syndicale	204
1° Composition de la délégation syndicale	204
2° Moyens attribués à la délégation syndicale et à ses membres	206
II. Le cadre du groupe.....	207
Sous-section 2 – L'organisation de la négociation obligatoire.....	209
§1. L'ouverture de la négociation obligatoire.....	209
I. Initiative de l'engagement de la négociation	209
A – Initiative de l'employeur.....	209

B – Carence de l’employeur	212
II. Sanctions du refus d’ouvrir la négociation.....	212
A – La sanction pénale du manquement de l’employeur à son obligation de négocier	212
B – Les autres sanctions.....	213
§2. La tenue des réunions de négociation.....	214
I. La convocation à la négociation obligatoire.....	214
A – Date et forme de la convocation.....	214
B – Les destinataires de la convocation	215
II. Les modalités de négociation.....	216
A – Les réunions de négociation.....	217
B – Les informations à fournir aux délégations syndicales	218
III. Les sanctions encourues	221
A – La sanction pénale du manquement aux obligations relatives au contenu de la négociation	222
B – La sanction civile de l’irrespect des modalités de la négociation obligatoire.....	223
Sous-section 3 – Les restrictions au pouvoir de direction de l’employeur.....	224
§1. L’interdiction de prendre des décisions unilatérales.....	224
I. La notion de négociation en cours.....	225
II. Les décisions unilatérales concernées	226
§2. Sanctions de la violation de l’interdiction de prendre des décisions unilatérales	226
Section 2 – L’issue de la négociation obligatoire.....	228
Sous-section 1 – La conclusion d’un accord collectif.....	228
§1. La nécessaire information-consultation des institutions représentatives du personnel.....	228
§2. Conditions de validité de l’accord collectif.....	230
I. Conditions de forme	230
II. L’exigence majoritaire d’engagement des parties à l’accord	231
A – Condition de signature	231
B – Condition d’absence d’opposition.....	233
C – Régime particulier des accords catégoriels	236
III. Cas particulier de la révision d’un accord antérieur	237
§3. Contenu de l’accord collectif.....	240
I. L’accord conclu à l’issue de la négociation obligatoire	240
II. Les limites à la liberté des partenaires sociaux	241
A – Les limites légales et conventionnelles	241
B – Les limites jurisprudentielles	243
III. Les clauses à insérer dans l’accord collectif	244
§4. Formalités préalables à l’entrée en vigueur de l’accord collectif	245
I. La notification à l’issue de la procédure de signature	245
II. Le dépôt de l’accord collectif.....	246
III. L’information des salariés de l’entreprise et de leurs représentants	247
Sous-section 2 – Le constat de l’échec de la négociation obligatoire par un procès-verbal de désaccord	248
§1. La rédaction du procès-verbal de désaccord.....	248
A – L’auteur du procès-verbal de désaccord.....	249
B – Le moment et les circonstances de la rédaction du procès-verbal de désaccord	249
§2. Le contenu et la publicité du procès-verbal de désaccord	251
A – Le contenu du procès-verbal de désaccord	251
B – Signature et dépôt du procès-verbal de désaccord.....	254
Chapitre II – Déroulement des négociations dans le cadre des obligations de couverture	256
Section 1 – Modalités d’exécution de l’obligation de couverture	256
Sous-section 1 – Entrée en vigueur des obligations de couverture	256
§1. Emploi des salariés âgés.....	256
§2. Egalité professionnelle entre les femmes et les hommes.....	257
I. L’entrée en vigueur, de principe, du dispositif.....	257

II. L'entrée en vigueur, aménagée, du dispositif	257
§3. Prévention de la pénibilité	260
I. L'entrée en vigueur, de principe, du dispositif.....	260
II. Des dispositions transitoires inopérantes ?.....	260
§4. Prime de partage des profits	262
Sous-section 2 – Périmètre de couverture et instrument juridique	263
§1. Emploi des salariés âgés.....	263
§2. Egalité professionnelle entre les femmes et les hommes.....	264
I. Conclusion d'un accord relatif à l'égalité professionnelle	265
II. Elaboration d'une décision unilatérale établissant un plan d'action	266
III. Etablissement et diffusion d'une synthèse du plan d'action	267
§3. Prévention de la pénibilité	268
§4. Prime de partage des profits	269
Section 2 – Sanctions de la violation de l'obligation de couverture.....	270
Sous-section 1 – Les dispositifs à pénalité financière	270
§1. L'emploi des salariés âgés.....	271
I. La procédure de rescrit : l'opposabilité du plan d'action conventionnel ou unilatéral à l'administration.....	271
II. La sanction de l'absence de plan d'action couvrant l'entreprise.....	273
§2. Les dispositifs issus de la loi du 9 novembre 2010.....	274
I. Contrôle et dialogue avec l'administration : similitudes	275
A – Modalités de contrôle du respect de l'obligation	275
B – Mise en demeure et dialogue avec l'administration	276
1° Notification de la mise en demeure	277
2° Décision du directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi	279
II. Recouvrement et montant de la pénalité : différences	279
A – Dans le cadre du dispositif relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.....	279
B – Dans le cadre du dispositif relatif à la prévention de la pénibilité.....	282
Sous-section 2 – Le dispositif sans pénalité financière : la prime de partage des profits.....	283
§1. Sanctions pénales	283
§2. Sanctions civiles	284
Conclusion	285
Index	288
Bibliographie.....	293
Table des matières	299