

Droit du CSE en pratique

Accords d'entreprise : qui négocie avec l'employeur ?



François Barbé
Juriste droit social
Cabinet Calix
Avocats

En 2019, environ 80 000 accords collectifs d'entreprise ont été signés selon les chiffres du ministre du Travail parus le 13 octobre 2020. Chiffre qui démontre une belle vitalité des négociations, même si celles-ci pourraient être encore plus nombreuses au regard de la liberté donnée par la loi aux entreprises pour adapter les dispositions légales. Zoom sur les règles de négociation qui varient en fonction de la présence ou non d'un DS dans l'entreprise, et dans celle dépourvue de DS, de son effectif.

Principes

La négociation collective a pour objet d'échanger entre employeurs et représentants des salariés sur les conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail des salariés et sur leurs garanties sociales afin de déterminer les règles applicables dans l'entreprise. Ces échanges se matérialisent par la signature d'un document ; celui-ci portera le nom de convention collective dès lors qu'il traite de l'ensemble de ces conditions et garanties, ou d'accord collectif dès lors qu'il n'en traite qu'une partie (*C. trav., art. L. 2221-2*).

La négociation collective est organisée à plusieurs niveaux :

- niveau de la branche ou professionnel et interprofessionnel, s'appliquant aux entreprises et salariés entrant dans leur champ d'application ;
- niveau des entreprises et établissements, du groupe et interentreprises.

Le délégué syndical (DS), quand il en existe un, est le seul compétent pour négocier et signer une convention ou un accord collectif dans l'entreprise.

Les élus, mandatés ou non, ou les salariés mandatés, n'interviennent qu'en l'absence de DS. Ainsi, la conclusion d'accords entre l'employeur et le CSE constitue un délit d'entrave à l'exercice du droit syndical dès lors qu'existe un ou des DS (*Cass. crim., 18 nov. 1997, n° 96-80.002*).

Sur le plan civil, un accord conclu au mépris de cette règle ne constitue pas un accord collectif au sens du Code du travail. Ainsi, « un accord conclu avec des représentants du personnel élus n'est pas nécessairement constitutif d'un délit d'entrave à l'exercice du droit syndical et comme tel nul, il n'a ni la valeur ni les effets d'un accord collectif de sorte qu'il n'est pas opposable aux salariés » (*Cass. soc., 5 mai 2009, n° 07-45.358*).

Les règles de négociation et de signature des accords collectifs diffèrent en fonction de l'existence ou non d'un DS.

Seuils d'effectifs applicables aux règles de négociation des accords d'entreprise

L'effectif à prendre en compte est l'effectif habituel de l'entreprise, c'est-à-dire l'effectif stable de l'entreprise en dehors des variations ponctuelles, indique le ministère du Travail (*Questions-réponses sur la négociation collective, min. du Travail, juill 2020, n° 27 et s.*). Cette notion nous semble peu précise au regard des enjeux (validité ou non de l'accord collectif). Il est à notre sens préférable de tenir compte de l'effectif retenu pour la mise en place du CSE sauf si une variation de celui-ci pendant 1 an conduit à l'application de règles de conclusions différentes.

Si un délégué syndical est présent dans l'entreprise

Modalités de conclusion de l'accord collectif d'entreprise

Le principe : accord majoritaire ou accord validé par référendum

Dans les entreprises dotées d'un délégué syndical, l'accord collectif d'entreprise peut être conclu entre l'employeur et (C. trav., art. L. 2232-12) :

- soit les organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 50% des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au CSE quel que soit le nombre de votants (on parle d'accord majoritaire) ;
- soit les organisations syndicales représentatives ayant recueilli moins de 50% mais plus de 30% (voir ci-dessous sur les modalités de la consultation des salariés).

En cas d'accord catégoriel, les taux de 30 % et 50 % sont appréciés à l'échelle du collège électoral dont relève la catégorie concernée par l'accord (C. trav., art. L. 2232-13).

Cependant, un syndicat représentatif catégoriel ne peut négocier et signer seul un accord d'entreprise intéressant l'ensemble du personnel, quand bien même son audience électorale, rapportée à l'ensemble des collèges électoraux, est supérieure à 30 % des suffrages exprimés au 1^{er} tour des dernières élections des titulaires au CSE (Cass. soc., 2 juill. 2014, n° 13-14.622). Il peut, néanmoins, négocier et signer un accord d'entreprise intéressant l'ensemble du personnel, avec des syndicats représentatifs inter-catégoriels, et sans avoir à établir sa représentativité au sein de toutes les catégories de personnel. Dans ce cas, pour apprécier s'il atteint avec l'autre syndicat ou les autres organisations syndicales le pourcentage requis, l'audience du syndicat catégoriel est appréciée en la rap-

portant à l'ensemble des collèges électoraux (Cass. soc., 31 mai 2011, n° 10-14.391).

Les conditions de validité ci-dessus énoncées sont d'ordre public (Cass. soc., 4 févr. 2014, n° 12-35.333).

La convention ou l'accord peut être négocié au niveau d'un établissement ou d'un groupe d'établissements dans les mêmes conditions (C. trav., art. L. 2232-16).

Notre point de vue : *Le CE a longtemps été associé étroitement aux négociations collectives. Désormais, les projets d'accords collectifs, la révision ou la dénonciation des conventions et accords collectifs ne sont plus soumis à l'avis du CSE (C. trav., art. L. 2312-14). Mais il nous semble indispensable de prévoir la manière dont le CSE sera associé à la négociation. Cela peut éviter des conflits. De plus, cette coordination CSE/DS peut favoriser un dialogue social efficace et une meilleure prise en compte des intérêts des salariés.*

Les accords d'entreprise ou d'établissement conclus selon les modalités précitées ne peuvent entrer en application qu'après leur dépôt auprès de l'autorité administrative, le Direccte (C. trav., art. L. 2232-29-1).

Les accords exclusivement majoritaires

Certains accords ne peuvent être conclus que par l'employeur et les organisations syndicales ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés. En d'autres termes, ces accords, s'ils sont signés par les organisations syndicales ayant recueilli entre 30 % et 50 % des suffrages exprimés, ne peuvent pas être validés par référendum. Ils ne pourront donc pas entrer en vigueur. Au mieux, cela constituera des accords atypiques dont la portée juridique est relative. Les salariés pourront revendiquer auprès de l'employeur les avantages qu'ils instituent mais ce dernier ne pourra rien leur imposer sur leur fondement.

La majorité des signatures syndicales est donc exigée pour les accords portants sur :

- le contenu, la périodicité et les modalités de consultation récurrentes (C. trav., art. L. 2312-19) et ponctuelles (C. trav., art. L. 2312-55) du CSE ;
- l'organisation, l'architecture, le contenu et les modalités de fonctionnement de la base de données économiques et sociales (C. trav., art. L. 2312-21) ;
- le nombre et le périmètre des établissements distincts (C. trav., art. L. 2313-2) ;
- le maintien du CSE en cas de perte de la qualité d'établissement distinct (C. trav., art. L. 2313-6) ;
- la mise en place du comité social et économique au niveau de l'unité économique et sociale (C. trav., art. L. 2313-8) ;
- la mise en place de commissions supplémentaires au sein du CSE (C. trav., art. L. 2315-45) ;

- la définition des compétences respectives du CSE central et des CSE d'établissement (*C. trav., art. L. 2316-23*) ;
- la mise en place du conseil d'entreprise (*C. trav., art. L. 2321-2*).

La consultation des salariés pour valider l'accord minoritaire

Une ou plusieurs de ces organisations syndicales ayant recueilli plus de 30 % des suffrages disposent d'un délai d'un mois à compter de la signature de l'accord pour dire si elles souhaitent une consultation des salariés pour valider l'accord. La ou les organisations syndicales sollicitant l'organisation de la consultation notifient par écrit leur demande à l'employeur et aux autres organisations syndicales représentatives dans un délai d'un mois à compter de la date de signature de l'accord (*C. trav., art. D. 2232-6*).

Au terme de ce délai, l'employeur peut aussi demander l'organisation de cette consultation, en l'absence d'opposition de l'ensemble de ces organisations. Et si, à l'issue d'un délai de huit jours à compter de cette demande ou de l'initiative de l'employeur, les éventuelles signatures d'autres organisations syndicales représentatives n'ont pas permis d'atteindre le taux de 50 %, la consultation des salariés est organisée dans un délai de deux mois.

Pour être valide, l'accord doit être approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés. Faute d'approbation, l'accord est réputé non écrit.

Si aucun délégué syndical n'est présent dans l'entreprise

Dans les entreprises de moins de 50 salariés, depuis l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017, la primauté au mandatement syndical n'existe plus. Il n'y a donc pas une modalité de négociation à privilégier plutôt qu'une autre.

En revanche, dans les entreprises d'au moins 50 salariés l'employeur doit respecter une procédure très stricte dans le choix des négociateurs comme nous allons le voir. Il faut déjà commencer par faire une distinction au sein de ces entreprises sans DS en fonction de l'effectif.

Entreprises comprenant moins de 11 salariés (*C. trav., art. L. 2232-21*)

Dans les entreprises de moins de 11 salariés (qui par définition n'ont pas de CSE), l'employeur propose un projet d'accord aux salariés, qui porte sur l'ensemble des thèmes ouverts à la négociation collective d'entreprise, **et** doit organiser un référendum à l'issue d'un délai minimum de 15 jours courant à compter de la communication à chaque

salarié du projet d'accord (*C. trav., art. L. 2232-21*). Pour qu'il puisse entrer en vigueur, **l'accord doit être approuvé à la majorité des deux tiers du personnel** (*C. trav., art. L. 2232-22*) et donc à défaut de recueillir ces suffrages, il est inapplicable.

Exemple : il y a 9 salariés dans l'entreprise : pour être valable le projet d'accord doit recueillir l'accord de 7 salariés.

Comme le précise le ministère du Travail dans son questions-réponses sur la négociation collective, « *ces petites entreprises bénéficient ainsi des mêmes souplesses, des mêmes capacités d'adaptation du droit, que les grandes entreprises : des sujets tels que la rémunération, le temps de travail, l'organisation du travail peuvent être directement négociés par le chef d'entreprise avec ses salariés. Ceux-ci ont la garantie de pouvoir prendre connaissance du projet d'accord qui leur est soumis au moins 15 jours avant la consultation et peuvent s'adresser aux organisations syndicales départementales s'ils le souhaitent pour se forger leur opinion* ».

Entreprises comprenant de 11 à 20 salariés en l'absence de CSE (*C. trav., art. L. 2232-23*)

Dans les entreprises dont l'effectif est compris entre 11 et 20 salariés et où il n'y a pas de CSE (en cas de carence), l'employeur peut conclure un accord collectif soit (*C. trav., art. L. 2232-23-1*) :

- dans les mêmes conditions que précédemment autrement dit il propose un projet d'accord aux salariés qui doit être approuvé à la majorité des 2/3 pour être applicable ;
- avec un ou plusieurs salariés expressément mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche ou, à défaut, au niveau national et interprofessionnel et dans ce cas, pour être valable, l'accord devra être approuvé par les salariés à la majorité des voix exprimés.

Entreprises comprenant de 11 à 50 salariés dotées d'un CSE (*C. trav., art. L. 2232-23-1*)

Dans les entreprises dont l'effectif est compris entre 11 et 20 salariés ou entre 20 et 50 salariés, et qui sont dotées d'un CSE, l'employeur peut conclure un accord collectif soit (*C. trav., art. L. 2232-23-1*) :

- avec un élu titulaire du CSE qu'il soit ou non mandaté, et la validité de cet accord est subordonnée à **sa signature par les membres du CSE représentant la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles** ; pour apprécier le poids de chaque signataire, on prend en compte le rapport entre le nombre de voix qu'il a obtenu et le nombre total de suffrages exprimés ;

- avec un salarié mandaté par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche ou, à défaut, au niveau national et interprofessionnel, et la validité de cet accord est subordonnée à son approbation par les salariés à la majorité des suffrages exprimés.

La consultation est organisée dans un délai de deux mois à compter de la conclusion de l'accord. L'employeur, consulte au préalable le ou les représentants élus du personnel mandatés ou le ou les salariés mandatés sur ses modalités. Il informe les salariés de ces modalités par tout moyen au plus tard 15 jours avant la consultation (C. trav., art. D. 2232-8). En cas de désaccord sur les modalités d'organisation de la consultation retenues par l'employeur, le président du tribunal judiciaire peut être saisi dans un délai de 8 jours à compter de l'information prévue à l'article D. 2232-8 et statue selon la procédure accélérée au fond et en dernier ressort (C. trav., art. D. 2232-9).

Entreprises d'au moins 50 salariés sans DS (C. trav., art. L. 2232-24)

Pour négocier et signer un accord collectif dans une entreprise d'au moins 50 salariés dépourvues de DS, les choix du chef d'entreprise sont très encadrés. Ainsi, pour trouver les acteurs de la négociation d'un accord collectif, il doit impérativement respecter l'ordre suivant : élu (s) mandaté(s) ; à défaut, élus non mandatés ; à défaut, salarié(s) mandaté(s).

Priorité au mandatement syndical d'élus du CSE

a) Appel au mandatement : un mois pour se décider

Dans les entreprises de 50 salariés et plus, en l'absence de délégués syndicaux, l'employeur a l'obligation dans un premier temps de lancer un appel au mandatement syndical. L'employeur doit donc informer les organisations syndicales représentatives dans la branche dont relève l'entreprise (C. trav., art. L. 2232-24, al.2) et les élus du CSE.

En pratique, les élus peuvent se rapprocher d'une organisation syndicale représentative pour être mandatés ou une organisation syndicale représentative peut contacter un élu du CSE pour lui proposer un mandatement. Mais, il n'est pas possible pour l'organisation syndicale représentative d'envoyer un syndicaliste non salarié de l'entreprise pour négocier à la place d'un élu.

Le Code du travail ne nous indique pas les modalités d'information des organisations syndicales représentatives. En revanche, il précise que **l'information des élus du CSE doit être effectuée par tout moyen** permettant de donner date certaine à la communication de cette information. C'est cette information qui marque le point de départ du délai **d'un mois** dont disposent les représentants du personnel pour faire part de leur décision de s'engager ou non dans le processus de négociation, qu'ils soient

mandatés ou non (C. trav., art. L. 2232-25-1). À défaut d'information, le délai ne court pas.

b) Mandatement d'un élu ou de plusieurs élus

Une organisation syndicale ne peut mandater qu'un seul salarié élu (C. trav. art. L. 2232-24). Les élus n'ayant pas été mandatés ne peuvent pas participer à la négociation (s'ils y participent à titre consultatif, ils ne peuvent pas signer).

La négociation peut porter sur tous les sujets pouvant être négociés par voie d'accord collectif.

La validité de l'accord conclu avec un ou plusieurs représentants du personnel mandatés est subordonnée à son **approbation par référendum** à la majorité des suffrages exprimés.

Ce n'est que lorsqu'il n'y a aucun élu mandaté, donc au terme du délai d'un mois, que la négociation pourra s'effectuer avec les élus titulaires du CSE non mandatés.

À défaut d'élus mandatés, négociation avec les titulaires du CSE non mandatés

a) Négociation avec les élus titulaires du CSE

Si aucun mandatement n'a été effectué dans le délai d'un mois et que **des élus non mandatés ont fait part de leur volonté de s'engager dans la négociation**, celle-ci se déroulera avec les élus titulaires du CSE qui ont répondu favorablement à l'invitation du chef d'entreprise.

Notre point de vue : il vaut mieux que tous les élus titulaires et non pas certains d'entre eux négocient cet accord pour avoir plus de poids vis à vis de l'employeur et mieux représenter mieux les salariés.

b) Champ limité de la négociation avec les élus titulaires du CSE

Dans ce cas de figure, la négociation est limitée : **elle est cantonnée aux mesures dans la mise en œuvre est subordonnée par le législateur à un accord collectif** (C. trav., art. L. 2232-25, al. 2). Cette notion n'est pas précisément définie. À l'heure actuelle, nous n'avons pas d'éclairage jurisprudentiel suffisant et la doctrine est partagée. Certains ont une interprétation large, d'autres beaucoup plus stricte. Ainsi, l'interprétation restrictive conduit à exclure toutes les thématiques autorisant, à défaut d'un accord collectif, des modalités alternatives de mise en place, comme par exemple les dérogations préfectorales au repos dominical pour préjudice au public ou au bon fonctionnement de l'établissement, la journée de solidarité. La doctrine, d'une manière générale (même la position restrictive) considère, cependant qu'en matière d'aménagement du temps de travail, le champ de la négociation est, assez large. Les hypothèses de négociation sont

nombreuses notamment en manière d'aménagement du temps de travail.

On peut citer comme exemples de thèmes ouverts à la négociation avec des élus non mandatés (voir Lamy temps de travail 2020) : mise en place du travail en soirée, faculté de porter la durée hebdomadaire de travail des travailleurs de nuit à 44 heures maximum dérogation à la durée minimale et maximale de repos quotidien, conventions individuelles de forfait annuel en heures ou en jours, fixation du taux de majoration des heures supplémentaires avec un minimum à 10%, etc.,

Remarque : dans le champ de compétence qui leur est accordé, rien n'exclut que les représentants du personnel concluent un accord dérogeant aux dispositions de la convention collective de branche applicable à l'entreprise dans les conditions fixées par l'article L. 2253-3 du code du travail (B. Tessier, *Semaine juridique* n° 13, 3 avril 2018, p. 19).

c) Validité de l'accord signé par les élus titulaires du CSE

L'accord sera valablement signé par les membres titulaires du CSE représentant la majorité des suffrages valablement exprimés lors des dernières élections professionnelles. **Dans ce cas il n'y a pas besoin de validation référendaire.**

Le calcul de la majorité des suffrages valablement exprimés se complique quand un suppléant remplace un titulaire. « L'assiette, qui est toujours constituée des suffrages exprimés en faveur des membres, est recalculée : on retranche les suffrages exprimés en faveur du titulaire remplacé et on ajoute ceux exprimés en faveur du suppléant qui le remplace », indique le ministère du Travail dans son questions-réponses

Le ministère ajoute que lorsqu'il y a plusieurs établissements, il faut distinguer les accords d'entreprise des accords d'établissements :

- concernant les accords d'établissement : les élus signataires sont ceux de l'établissement concerné. On prend

en compte le rapport entre les suffrages exprimés en faveur de chacun des membres titulaires et le nombre total des suffrages exprimés en faveur des membres du comité social et économique au sein de l'établissement ;

- concernant les accords d'entreprise : l'accord est conclu par un ou des membres titulaires de la délégation du personnel du comité social et économique central. Dans ce cas, il est tenu compte du rapport entre le nombre de suffrages exprimés dans l'établissement en faveur de ce membre et du nombre total des suffrages exprimés dans chaque établissement en faveur des membres de la délégation du personnel du CSE central.

À défaut d'élus non mandatés, négociation avec des salariés mandatés

À défaut d'élu titulaire s'étant manifesté dans le délai d'un mois pour négocier, l'accord peut être conclu **avec des salariés mandatés et sa validité est subordonnée à son approbation par les salariés à la majorité des suffrages exprimés** (C. trav., art. L. 2232-26).

Consultation des salariés sur les accords négociés avec les élus mandatés et avec les salariés mandatés

La consultation des salariés sur les accords négociés avec les élus mandatés et avec les salariés mandatés (C. trav., art. L. 2232-25 et C. trav., art. L. 2232-26), est organisée dans un délai de 2 mois à compter de la conclusion de l'accord. L'employeur, consulte au préalable le ou les représentants élus du personnel mandatés ou le ou les salariés mandatés sur ses modalités. Il informe les salariés de ces modalités par tout moyen au plus tard quinze jours avant la consultation (C. trav., art. D. 2232-8). En cas de désaccord sur les modalités d'organisation de la consultation retenues par l'employeur, le président du tribunal judiciaire peut être saisi dans un délai de 8 jours à compter de l'information prévue à l'article D. 2232-8 précité et statue selon la procédure accélérée au fond et en dernier ressort (C. trav., art. D. 2232-9).

