

Les négociations obligatoires, marche à suivre



François Barbé
Juriste droit social
Conseil scientifique
Calix avocats

Les négociations obligatoires constituent un enjeu important pour les entreprises. En effet, au-delà des sanctions pénales et civiles qui pèsent sur l'employeur en l'absence d'engagement de celles-ci, elles sont très attendues par les salariés. Maîtriser les règles de conduite des négociations obligatoires s'impose pour éviter crispations et tensions inutiles.

Les thèmes des négociations obligatoires

Dans l'esprit d'un trop grand nombre, les négociations obligatoires se limitent aux salaires. C'est très réducteur car celles-ci sont beaucoup plus étendues. Les thèmes des négociations obligatoires sont prévus par les articles L. 2242-1 et L. 2242-2 du Code du travail. Et il convient de préciser que chaque thème de négociation obligatoire comporte des **sous thèmes détaillés** que vous trouverez aux articles L. 2242-15, L. 2242-17 et L. 2242-20 et s. du Code du travail.

Celles-ci doivent s'engager sur les thématiques suivantes :

- la rémunération, notamment les salaires effectifs, le temps de travail et partage de la valeur ajoutée, dans l'entreprise ;
- l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, portant notamment sur les mesures visant à supprimer les écarts de rémunération et la qualité de vie au travail ;
- la gestion des emplois et des parcours professionnels (GEPP).

Les entreprises concernées par les négociations obligatoires

Le principe

Les négociations obligatoires ne concernent que les entreprises où existent au moins un délégué syndical. En effet, le Code du travail ne vise que « *les entreprises où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives* » (C. trav., art. L. 2242-1) : **seules les entreprises ayant un ou des délégués syndicaux sont donc concernées par cette obligation de négociation.**

La condition d'effectif n'est donc pas un critère prépondérant en matière de négociation obligatoire. Ainsi, une entreprise ayant un effectif entre 11 et 50 salariés est concernée par les négociations obligatoires dès lors qu'un membre du CSE a été désigné comme délégué syndical (C. trav., art. L. 2143-6).

L'exception

Il existe une seule exception à cette condition de présence syndicale, s'agissant de la négociation sur la gestion des emplois et des parcours professionnels prévue à l'article L. 2242-2 du Code du travail. Cette obligation de négociation concerne les entreprises d'au moins 300 salariés et les

entreprises de dimension communautaire comportant au moins un établissement d'au moins 150 salariés en France, sans qu'il ne soit fait référence à la présence de section syndicale. Aussi, on peut légitimement se poser la question de l'interlocuteur de l'employeur en l'absence de délégué syndical dans l'entreprise. Cela devrait être le CSE. On peut aussi supposer qu'il s'agit d'une lacune rédactionnelle du législateur et, dans ce cas, seules les entreprises dotées d'un délégué syndical seraient tenues à l'obligation de négociation selon la même règle que celle prévue pour les autres négociations obligatoires (C. trav., art. L. 2242-1). En effet, il serait logique que toutes les négociations obligatoires suivent les mêmes règles d'engagement (négociations obligatoires en cas de présence d'un DS uniquement).

Niveau des négociations obligatoires

Si le cadre des négociations obligatoires ne pose pas de problème dans une entreprise mono-établissement, il n'en va pas de même lorsque l'entreprise comporte plusieurs établissements, ou appartient à un groupe de sociétés.

La loi consacre la possibilité de négocier à ces différents niveaux. En effet, « *sauf disposition contraire, les termes « convention d'entreprise » désignent toute convention ou accord conclu soit au niveau du groupe, soit au niveau de l'entreprise, soit au niveau de l'établissement* » (C. trav., art. L. 2232-11).

Lorsque l'entreprise est découpée en établissements distincts, en principe, la négociation annuelle doit être engagée au niveau de l'entreprise. Cependant, les négociations peuvent se dérouler au niveau des établissements lorsque toutes les parties sont d'accord (Circ. 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 juill. 1983). En effet, l'employeur ne peut pas engager les négociations obligatoires par établissement si une des organisations syndicales représentatives dans l'établissement où la négociation doit s'ouvrir s'y oppose (Cass. soc., 21 mars 1990, n° 88-14.794, Cass. soc. 12 juill. 2016, n°14-25.794). Si le niveau de l'établissement est retenu, la négociation doit être menée dans tous les établissements avec les seuls représentants des organisations représentatives dans les établissements (Cass. crim., 4 déc. 1990, n° 89-83.283). En d'autres termes, il doit y avoir au minimum un délégué syndical dans chaque établissement et une absence d'opposition à l'organisation de cette négociation décentralisée ; à défaut, la négociation doit s'engager au niveau de l'entreprise.

Inversement, si un employeur ouvre des négociations - dans le cadre de l'obligation annuelle de négocier - au niveau de l'entreprise, il s'exonère de l'obligation de négocier au niveau des établissements (Circulaire précitée).

Remarque : il faut souligner une difficulté supplémentaire qui peut compliquer la détermination du niveau de négociation. En effet, le périmètre de désignation du délégué syndical n'est pas nécessairement le même que celui retenu pour l'élection du CSE (C. trav., art. L. 2143-3, al.4). En effet, la faculté de désigner un délégué syndical **dans un cadre plus restreint** que celui du CSE ou des CSE d'établissement est d'ordre public (JCP, la semaine juridique - édition sociale n° 40, n°1317, CSE et DS dans les entreprises à établissements multiples, François Barbé). La négociation, en revanche, se déroulera quant à elle au niveau de l'entreprise.

Les négociations obligatoires peuvent aussi s'engager au niveau du groupe (C. trav., art. L. 2232-33, al. 2.) dans les conditions prévues aux articles L. 2232-30 et suivants. Les entreprises du groupe sont alors dispensées de négocier sur les thèmes faisant l'objet d'une négociation obligatoire au niveau du groupe. Il convient, cependant, qu'un accord de méthode tel que le prévoit l'article L. 2222-3-1 du Code du travail, ait été conclu préalablement au niveau du groupe. Autrement dit, pour que la négociation au niveau du groupe puisse avoir lieu, il faudra qu'au préalable un accord de méthode ait été conclu à ce niveau, dont l'objet sera de permettre « à la négociation de s'accomplir dans des conditions de loyauté et de confiance mutuelle entre les parties ». À défaut, les négociations obligatoires au niveau du groupe seront impossibles.

Concernant l'unité économique et sociale (UES), si la doctrine et l'administration, tirant les conséquences de l'assimilation de l'UES à une entreprise, s'accordent à la reconnaître comme un espace de négociation, la Cour de cassation, tout en ne s'y opposant pas (Cass. soc., 24 juin 2014, n° 13-10.301), n'a toujours pas admis ouvertement la possibilité de négocier au niveau d'une UES comme on le ferait au sein d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises. Toutefois, si les négociations obligatoires devaient être abordées à ce stade, les règles d'organisation pratique de celle-ci sont complexes (voir sur ce point « Négocier l'UES », Marie Hautefort, Les Cahiers du DRH n° 257).

Bonne foi et loyauté sont de mise dans les négociations obligatoires

L'obligation d'un engagement sérieux et loyal de la négociation figure désormais au rang des dispositions d'ordre public et est étendue à toutes les négociations au niveau de la branche, et plus seulement aux négociations obligatoires annuelles et quinquennales (C. trav., art. L. 2241-3). Cette obligation est également consacrée au niveau de l'entreprise comme, par exemple, en matière de négociation obligatoire sur les salaires : « () Le procès-verbal atteste que l'employeur a engagé sérieusement et loyalement les négociations. L'engagement sérieux et loyal des négociations implique que, dans les entreprises où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives, l'employeur ait convoqué à la négociation les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise et fixé le lieu et le calendrier des réunions. L'employeur doit également leur avoir communiqué les informations nécessaires pour leur permettre de négocier en toute connaissance de cause et avoir répondu de manière motivée aux éventuelles propositions des organisations syndicales » (C. trav., art. L. 2242-6).

La Cour de cassation veille scrupuleusement au respect de ces principes de loyauté et de bonne foi. La nullité d'une convention ou d'un accord collectif est encourue lorsque toutes les organisations syndicales n'ont pas été convoquées à sa négociation, ou si l'existence de négociations séparées est établie, ou encore si elles n'ont pas été mises à même de discuter les termes du projet soumis à la signature (Cass. soc., 10 oct. 2007, n° 06-42.721). Pour être régulière, la négociation doit être menée jusqu'à son terme par l'employeur avec toutes les organisations syndicales qui ont pu constamment exprimer leurs propositions, motiver leur refus et formuler des contre-propositions dont certaines ont été retenues (Cass. soc., 9 juill. 1996, n° 95-13.010). Cependant, il ne faut pas confondre négociations séparées et échanges bilatéraux entre employeur et syndicats de salariés. Ainsi, une négociation est régulièrement menée, malgré l'existence de ce type d'échanges pendant une suspension de séance, quand le syndicat de salariés demandant l'annulation de l'accord collectif a été invité à ces échanges, mais a refusé d'y participer et qu'un dernier projet d'accord a été soumis à l'ensemble des partenaires sociaux après la reprise de la séance (Cass. soc., 8 mars 2017, n° 15-18.080).

Aménagement des négociations obligatoires

Désormais, depuis l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017, de nombreuses règles en la matière peuvent être aménagées. Les partenaires sociaux peuvent négocier dans l'entreprise un accord afin d'appliquer des règles différentes que celles prévues à titre supplétif par le Code du travail, à condition de respecter les principes d'ordre public en la matière. Ainsi, pourront être aménagés les points suivants (C. trav., art. L. 2242-10 et C. trav., art. L. 2242-11, Q/R « Négociation collective en entreprise », Ministère du travail, de l'emploi et de l'insertion, Juil. 2020, n° 10 à 13) :

- les thèmes des négociations et leur périodicité ;
- le contenu de chacun des thèmes ;
- le calendrier et les lieux de réunion ;
- les informations remises par l'employeur et la date de remise ;
- les modalités selon lesquelles sont suivis les engagements souscrits par les parties.

Périodicité des négociations obligatoires

À défaut de conclusion d'un accord prévoyant une périodicité différente, la périodicité pour engager les négociations sur la rémunération, le temps de travail, le partage de la valeur ajoutée, l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail **est annuelle** (C. trav., art. L. 2242-13).

Remarque : chaque année les négociations sur ces thématiques doivent donc être engagées, mais comment doit être comprise l'expression « chaque année » ? S'agit-il de l'année civile ou une appréciation de date à date ? Pour l'administration, après avoir admis que la négociation annuelle obligatoire s'appréciait dans le cadre de l'année civile (Circ. DRT 8 du 5-5-1983, JO 3 juill. NC et BOMT n° 83-27), elle semble considérer que le délai de 12 mois s'apprécie de date à date (voir ci-après).

En ce qui concerne la gestion des emplois et des parcours professionnels, **contrairement aux 2 négociations obligatoires précédentes, la négociation est triennale** (C. trav., art. L. 2242-13).

Cependant, la périodicité de toutes ces négociations obligatoires sur la rémunération, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée dans l'entreprise, sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail, ainsi que sur la gestion des emplois et des parcours professionnels, peut être portée à 4 ans (C. trav. art. L. 2242-1). En pratique, la fréquence des négociations est très souvent augmentée.

Remarque : on évoque encore trop souvent les négociations annuelles obligatoires (NAO) alors que, dans de nombreux cas, en pratique, elles ne sont plus annuelles.

La durée de l'accord ne peut excéder 4 ans.

Périodicité des négociations

Thèmes	Périodicité à défaut d'accord	Périodicité maximale en présence d'un accord
Rémunération, partage de la valeur ajoutée, temps de travail	Annuelle	Au moins une fois tous les 4 ans
Égalité professionnelle QVT	Annuelle	Au moins une fois tous les 4 ans
Gestion des emplois et des parcours professionnels (Entreprises avec un effectif supérieur ou = à 300 salariés)	Triennale	Au moins une fois tous les 4 ans

Engagement des négociations obligatoires

C'est à l'employeur qu'il revient d'engager la négociation (C. trav. art. L. 2242-1). Il doit donc convoquer les délégués syndicaux concernés à une première réunion. Lors de celle-ci, sont précisés le lieu, le calendrier des réunions et les informations que l'employeur remettra aux négociateurs (C. trav. art. L. 2242-14).

En l'absence de règles aménageant la périodicité des négociations dans l'entreprise, à défaut d'une initiative de l'employeur depuis plus de 12 mois, pour chacune des

deux négociations annuelles, et depuis plus de 36 mois, pour la négociation triennale, suivant la précédente négociation, des négociations doivent s'engager obligatoirement à la demande d'une organisation syndicale représentative. Avant l'expiration de cette période, l'employeur n'est pas tenu de faire droit à la demande d'un syndicat (*C. trav.*, L. 2242-13 al. 2 et s.).

La demande de négociation formulée par l'organisation syndicale est transmise dans les 8 jours par l'employeur aux autres organisations représentatives.

Dans les 15 jours qui suivent la demande formulée par une organisation syndicale, l'employeur convoque les parties à la négociation.

Sur la question de l'appréciation du délai de 12 mois, le ministère du travail estime que ce délai s'apprécie par rapport à la date de la précédente négociation obligatoire sur le sujet (« Les négociations obligatoires dans l'entreprise : thème, périodicité et déroulement » mis en ligne sur le site internet du ministère - mise à jour du 24 septembre 2020). En clair, le point de départ doit selon nous être la date de signature de l'accord ou, en cas d'échec des négociations, la date du procès-verbal de désaccord.

Remarque : lorsque l'entreprise n'a pas encore engagé de négociation obligatoire, comment apprécie-t-on l'ensemble de ces délais ? À notre sens, il convient de prendre en compte la date à partir de laquelle l'entreprise est tenue d'engager des négociations obligatoires (exemples : si une entreprise n'ayant pas de présence syndicale enregistre la désignation d'un délégué syndical, il conviendra alors de prendre en compte la date de cette désignation pour apprécier le délai d'engagement des négociations).

Issue des négociations obligatoires

L'employeur a l'obligation de négocier mais n'a pas l'obligation de conclure. Cependant, la négociation doit être réalisée loyalement et de bonne foi (voir encadré). À ce titre, **l'employeur doit s'abstenir de prendre des décisions unilatérales tant que les négociations sont en cours** sauf si l'urgence le justifie (*C. trav.*, art. L. 2242-4). La négociation est considérée comme étant en cours, non seulement, entre la date prévue pour la première réunion et la date effective de la dernière réunion (*Cass. soc.*, 29 juin 1994, n° 91-18.640), mais aussi jusqu'au dépôt d'un procès-verbal de désaccord (*Cass. soc.*, 13 févr. 2002, n° 99-46.268).

Concernant la notion d'urgence, celle-ci à notre connaissance n'a pas été définie et ne peut en tout état de cause qu'être extrêmement restrictive.

Lorsqu'un accord est conclu, celui-ci est soumis aux mêmes conditions de signature et de dépôt que les accords collectifs de droit commun. **Il existe cependant une exception en ce qui concerne la négociation sur les salaires effectifs** (*C. trav.*, art. L. 2242-6). En effet, lorsqu'un accord est conclu sur ce sujet, le dépôt auprès de l'autorité administrative doit être accompagné d'un **procès-verbal d'ouverture des négociations portant sur les écarts de rémunération** entre les femmes et les hommes, consignait les propositions respectives des parties. Ce procès-verbal atteste que l'employeur a engagé sérieusement et loyalement les négociations.

Si aucun accord n'est signé à l'issue du processus de négociation, **un procès-verbal de désaccord doit être rédigé**. Celui-ci doit faire apparaître, dans leur dernier état, les propositions respectives des parties et les mesures que l'employeur entend appliquer unilatéralement (*C. trav.*, art. L. 2242-5). Le contenu de ce procès-verbal s'impose à l'employeur comme un accord collectif. Il y a manquement à l'obligation de négocier loyalement et de bonne foi si ces dernières se situent en deçà des dernières propositions faites en réunion de négociation. L'employeur ne peut pas agir librement sur les matières traitées par les négociations obligatoires et qui ont un caractère collectif. Les mesures individuelles (par exemple, une augmentation individuelle de salaire) sont donc possibles sauf si, étant prises à l'égard d'un nombre important de salariés, elles peuvent être considérées comme une manœuvre destinée à contourner l'interdiction.

Aucune précision n'existe quant aux formalités d'établissement du procès-verbal de désaccord. En l'absence de précision, l'employeur doit, à notre sens, l'établir et en proposer la signature aux organisations syndicales concernées. Ce procès-verbal donne lieu à dépôt, à l'initiative de la partie la plus diligente, selon les mêmes formalités qu'un accord collectif. En cas de refus de signature de ces dernières, l'employeur devra alors procéder seul aux formalités de dépôt.

Remarque : ces trois règles décrites précédemment (interdiction pour l'employeur de prendre des décisions unilatérales en cours de négociation, élaboration d'un procès-verbal de désaccord en cas d'échec des négociations et rédaction d'un procès-verbal d'ouverture de négociations en matière d'écart de rémunération), sont d'ordre public. Elles ne peuvent en aucun cas être contournées même conventionnellement.