

Réforme du Code du travail

Janvier 2018

Fiche pratique N°15
Négociation collective

LA VALIDITÉ DES ACCORDS D'ENTREPRISE

*(et des périmètres assimilés : établissements,
UES, groupes)*

Cette fiche décrypte le contenu des ordonnances et de leurs décrets d'application au 31 décembre 2017. Elle sera mise à jour, si besoin, en fonction du contenu de la future loi de ratification des ordonnances.



www.cfecgc.org



RETOUR SUR L'ÉVOLUTION DES RÈGLES DE VALIDITÉ DES ACCORDS COLLECTIFS

La loi El Khomri du 8 août 2016 avait acté le principe de l'accord d'entreprise majoritaire. Toutefois, pour son application, elle instaurait des étapes d'entrée en vigueur afin de permettre une appropriation progressive ne déstabilisant pas les pratiques de négociation en cours.

Depuis le 1er janvier 2017, la validité d'un accord d'entreprise (ou d'établissement) portant sur la durée du travail, les repos ou les congés est subordonnée :

- à sa signature par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise (ou de la délégation unique du personnel) ou, à défaut, des délégués du personnel ;
- ou à sa signature par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli plus de 30 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des mêmes élections, mais sous réserve, dans ce cas, que l'accord soit approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés.

Pour les accords portant sur tout autre thème que la durée du travail, les repos et les congés, ces conditions de validité devaient entrer en vigueur au 1^{er} septembre 2019.

L'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017 vient modifier ces différents régimes juridiques de validité des accords, la date de généralisation de l'accord majoritaire et les modalités de recours à l'approbation des salariés en cas d'accord minoritaire.

QUELS SONT LES DIFFÉRENTS RÉGIMES JURIDIQUES DE VALIDITÉ DES ACCORDS COLLECTIFS ?

L'ordonnance a confirmé les règles posées par la loi El Khomri tendant vers le principe de la majorité d'engagement à plus de 50 % (ou avec une approbation majoritaire des salariés en cas de minorité à plus de 30 %) pour la validité des accords collectifs d'entreprise, quel que soit le thème de l'accord collectif d'entreprise¹.

Ce principe sera applicable complètement à partir du 1^{er} mai 2018², et non plus au 1^{er} septembre 2019.

D'ici là, plusieurs régimes juridiques de validité cohabitent. Et il n'est pas aisé de s'y retrouver, le système de renvoi en cascade d'articles les uns aux autres compliquant la clarté de l'application des règles dans le temps.

¹ Article L.2232-12 du Code du travail

² Articles 11 et 17 de l'ordonnance n°2017-1385

ATTENTION

L'analyse qui suit est le résultat de notre compréhension de la combinaison des différents articles d'au moins 3 ordonnances.

Même les revues juridiques spécialisées sont très prudentes dans l'interprétation des règles de validité transitoires.

Nous avons formulé une demande de clarification sur ce point auprès du ministère du Travail.

Le régime de validité à hauteur d'au moins 30 % sans opposition majoritaire demeure (jusqu'au 30 avril 2018) sur certains sujets. De plus, l'ordonnance prévoit que certains accords collectifs d'entreprise, en raison de leur contenu, requièrent dès la publication de l'ordonnance, une majorité d'engagement de plus de 50 % sans pouvoir recourir à l'approbation des salariés. Et dans le même temps, la majorité d'engagement de plus de 50 % avec recours (sous conditions) au référendum, s'applique.

Sur cette base, nous résumons la situation de la façon suivante :

- Jusqu'au 30 avril 2018, trois régimes juridiques de validité cohabitent :
 - une majorité d'engagement d'au moins 30 % avec absence d'opposition de plus de 50 % - que nous appellerons « **majorité qualifiée relative** » ;
 - une majorité d'engagement de plus de 50 % avec possibilité de recours à une approbation majoritaire directe auprès des salariés en cas de majorité d'engagement de plus de 30 % - que nous appellerons « **majorité avec repêchage** » ;
 - une majorité d'engagement de plus de 50 % sans possibilité d'approbation majoritaire directe auprès des salariés en cas de majorité d'engagement de plus de 30 % mais inférieur ou égale à 50% - que nous appellerons « **majorité absolue** ».
- À partir du 1^{er} mai 2018, deux régimes juridiques cohabiteront :
 - une majorité d'engagement de plus de 50 % avec possibilité de recours à une approbation majoritaire directe auprès des salariés en cas de majorité d'engagement de plus de 30 % (majorité avec repêchage) ;
 - une majorité d'engagement de plus de 50 % sans possibilité d'approbation majoritaire directe auprès des salariés en cas de majorité d'engagement de plus de 30 % mais inférieur ou égale à 50 % (majorité absolue).

Nous avons récapitulé, dans le tableau ci-dessous, les différentes validités d'accords collectifs selon leur objet, en fonction de la période de conclusion de l'accord.

Régimes de validité applicables jusqu'au 30 avril 2018

Thème de l'accord	Conditions de validité
<ul style="list-style-type: none"> • Accord collectif instituant un conseil d'entreprise³ • Accord collectif relatif à la mise en place et aux prérogatives du CSE (nombre et périmètre établissement distinct⁴, commissions CSE⁵, BDES⁶, ordre et délais de consultation CSE central⁷, info-consultation ponctuelles⁸ et récurrentes⁹, représentant de proximité¹⁰) 	<p>Majorité absolue :</p> <p>+50 % des voix en faveur des OSR sans possibilité de recours à une consultation des salariés en cas de majorité inférieure</p> <p><i>(notre compréhension des textes nous conduit à estimer que ce régime juridique est applicable dès à présent, et non à partir du 1^{er} mai 2018)</i></p>
<ul style="list-style-type: none"> • Durée du travail, repos, congés¹¹ • Accord de fonctionnement de l'entreprise (ex accord de maintien dans l'emploi et de développement et de préservation de l'emploi, ex accord dit de « compétitivité »)¹² • Accord sur la rupture conventionnelle collective¹³ 	<p>Majorité avec repêchage :</p> <p>+50 % des voix en faveur des OSR et possibilité de recours à une consultation des salariés si l'accord recueille +30 % des voix en faveur des OSR</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Accord sur tout autre sujet 	<p>Majorité qualifiée relative :</p> <p>Au moins 30 % des SVE en faveur des organisations syndicales candidates aux élections, absence d'opposition majoritaire de plus de 50 % des SVE en faveur des organisations syndicales candidates aux élections</p>

OSR : organisation syndicale représentative suite aux élections professionnelles

SVE : suffrages valablement exprimés

³ Article L.2321-2 du Code du travail qui renvoie à l'alinéa 1^{er} de l'article L.2232-12

⁴ Article L.2313-2 du Code du travail qui renvoie à l'alinéa 1^{er} de l'article L.2232-12

⁵ Article L.2315-41 pour la Commission Santé et article L.2315-45 pour les autres commissions

⁶ Article L.2312-21 qui renvoie à l'alinéa 1^{er} de l'article L.2232-12

⁷ Article L.2316-23 qui renvoie à l'alinéa 1^{er} de l'article L.2232-12

⁸ Article L.2312-55 qui renvoie à l'article 1^{er} de l'article L.2232-12

⁹ Article L.2312-19 qui renvoie à l'alinéa 1^{er} de l'article L.2232-12

¹⁰ Article L.2313-7 qui renvoie à l'article L.2313-2

¹¹ Article 17 de l'ordonnance n°2017-1385

¹² Article 17 de l'ordonnance n°2017-1385

¹³ Article 40 III de l'ordonnance n°2017-1387

Régimes de validité applicables à partir du 1^{er} mai 2018

Thème de l'accord	Conditions de validité
<ul style="list-style-type: none">• Accord collectif instituant un conseil d'entreprise• Accord collectif relatif à la mise en place et aux prérogatives du CSE (nombre et périmètre établissement distinct, commissions CSE, BDES, ordre et délais de consultation CSE central, info-consultation ponctuelles et récurrentes, représentant de proximité)	Majorité absolue : +50 % des voix en faveur des OSR sans possibilité de recours à une consultation des salariés en cas de majorité inférieure
<ul style="list-style-type: none">• Accord sur tout autre sujet	Majorité avec repêchage : +50 % des voix en faveur des OSR et possibilité de recours à une consultation des salariés si l'accord recueille +30 % des voix en faveur des OSR

OSR : organisation syndicale représentative suite aux élections professionnelles

COMMENT EST CALCULÉE LA MAJORITÉ DE PLUS DE 50 % DES VOIX ?

L'ordonnance a repris les dispositions prévues par la loi El Khomri en adaptant la référence aux élections CE, DUP et DP à la mise en place du CSE.

Le score de 50 % s'obtient à partir des voix obtenues **par les organisations syndicales représentatives** au premier tour des élections des titulaires au CSE, quel que soit le nombre de votants.

Dans l'attente de la mise en place du CSE, les scores s'appuyant sur les élections CE, DUP et, à défaut, DP demeurent.

ATTENTION

Jusqu'au 30 avril 2018, pour les accords collectifs ne requérant pas une majorité d'engagement de plus de 50 %, le calcul des majorités d'engagement d'au moins 30 % et d'opposition de plus de 50 % reste basé sur les SVE en faveur des OS candidates aux élections professionnelles (et non en faveur des seules OSR).

À l'issue des élections professionnelles, il faut continuer à procéder à deux décomptes des suffrages exprimés :

- un décompte des suffrages valablement exprimés (SVE), qui sert toujours à mesurer l'audience de 10 % pour le critère de représentativité et, jusqu'au 30 avril 2018, à peser la validité des accords collectifs régis par la règle d'engagement de 30 % des voix obtenues par les OS signataires sans opposition de plus de 50 % des voix obtenues par les OS non signataires ;
- et un décompte des suffrages valablement exprimés en faveur des seules organisations syndicales représentatives (OSR).

Les suffrages à prendre en compte sont toujours les suffrages non blancs, non nuls, exprimés au 1^{er} tour des élections des comités d'entreprise, ou à défaut de la DUP, ou à défaut des délégués du personnel et, à terme, du CSE.

QUE SE PASSE-T-IL QUAND LA MAJORITÉ D'ENGAGEMENT DE PLUS DE 50 % N'EST PAS ATTEINTE ?

Deux cas doivent être distingués.

1^{er} cas : l'accord porte sur un sujet pour lequel est requise une « majorité absolue »

C'est le cas notamment prévu pour mettre en place un conseil d'entreprise ou pour orchestrer la configuration de mise en place, de moyens et de fonctionnement du CSE.

Lorsque la majorité absolue est requise, l'accord qui ne recueille pas plus de 50 % des voix est réputé non écrit.

La situation est-elle bloquée ? Pas nécessairement, cela dépend du sujet traité par l'accord.

Concernant le conseil d'entreprise, il est impossible de le mettre en place en dehors d'un accord collectif avec une majorité absolue d'engagement (cf. la fiche sur le conseil d'entreprise). Si la volonté des acteurs est d'absolument mettre en place ce type d'institution, il faudra alors reprendre la négociation jusqu'à réunir un poids des signataires de plus de 50 %.

Concernant le CSE, la situation est différente : en l'absence d'accord avec une majorité absolue d'engagement, les règles relatives à sa mise en place ou à l'organisation de ses prérogatives d'information/consultation sont définies dans le Code du travail, dans le paragraphe relatif aux dispositions supplétives.

2^{ème} cas : l'accord porte sur un sujet pour lequel est requise une « majorité avec repêchage »

Ce régime s'applique actuellement pour plusieurs sujets, notamment la durée du travail, les congés et repos, les ruptures conventionnelles collectives et les accords sur le fonctionnement de l'entreprise en faveur de l'emploi (accord de compétitivité, ex accord de maintien et de développement de l'emploi).

Ce sera la règle générale à partir du 1^{er} mai 2018.

Le « repêchage » consiste à recueillir une majorité directe auprès des salariés alors que le résultat de la négociation collective, l'accord, n'a pas réuni une majorité d'engagement de plus de 50 %.

Pour ne pas bloquer la négociation, le législateur estime, sous certaines conditions, que l'approbation majoritaire des salariés peut « repêcher » un accord que la majorité des organisations syndicales représentatives a rejeté en ne le signant pas.

Quelles sont les conditions de recours à la consultation des salariés¹⁴ ?

Plusieurs conditions doivent être réunies.

- **Une qualité de signature de l'accord** : l'accord conclu doit avoir recueilli la signature d'une ou plusieurs OSR représentant plus de 30 % des voix obtenues par les OSR.
- **Une demande des parties à la négociation** :
 - une ou plusieurs OSR signataires représentant plus de 30 % ont exprimé le souhait d'une consultation des salariés dans un délai précis,
 - ou l'employeur demande cette approbation, dans un délai précis et après le délai de demande ouvert aux OSR signataires, s'il n'y a pas d'opposition de l'ensemble des OSR signataires.
- **Les OSR signataires et non signataires campent sur leur position** : malgré les demandes d'approbation auprès des salariés des OSR signataires ou de l'employeur, la condition de majorité d'engagement de plus de 50 % n'est toujours pas atteinte et la majorité d'engagement de plus de 30 % demeure.
- **Des délais à respecter pour formuler les demandes de recours à l'approbation des salariés** : un mois pour la demande des OSR à compter de la signature de l'accord ; uniquement après ce délai pour la demande de l'employeur.

ATTENTION

La demande d'approbation majoritaire des salariés à l'initiative de l'employeur est une nouveauté des ordonnances. Auparavant, seules les OSR signataires pouvaient le demander.

Quelles sont les modalités de consultation des salariés¹⁵ ?

Un protocole spécifique doit être négocié et conclu entre l'employeur et une ou plusieurs OSR ayant recueilli plus de 30 % des voix. Il doit respecter les principes généraux du droit électoral.

La négociation de ce protocole est lancée dans un délai d'un mois à compter de la signature de l'accord, suite à la demande écrite de l'OSR ou des signataires sollicitant la consultation des salariés, adressée à l'employeur et aux autres OSR.

¹⁴ Article L.2232-12 alinéa 2 et suivants du Code du travail

¹⁵ Article L.2232-12 ; D.2232-2 et suivants du Code du travail

ATTENTION

Pour la négociation du protocole, toutes les OSR sont conviées à la table et non les seules OSR signataires de l'accord collectif.

En effet, l'ordonnance prend en compte la critique du Conseil constitutionnel formulée contre les dispositions de la loi El Khomri réservant aux seules OSR signataires la discussion du protocole de consultation des salariés.

À noter que le décret ne prévoit pas de délai spécifique pour lancer la négociation du protocole dans le cas où la demande émane de l'employeur.

Le protocole, qui est porté à la connaissance des salariés au plus tard 15 jours avant la date de la consultation, fixe :

- la liste des salariés couverts par l'accord (salariés des établissements couverts par l'accord et électeurs au sens des élections professionnelles)¹⁶ ;
- les modalités de transmission aux salariés du texte de l'accord ;
- le lieu, la date et l'heure du scrutin ;
- l'organisation et le déroulement du vote (la consultation peut être organisée par voie électronique) ;
- le texte de la question soumise au vote des salariés.

La consultation se déroule sur le temps de travail.

En cas de désaccord sur les modalités de déroulement de la consultation, le tribunal d'instance peut être saisi¹⁷.

¹⁶ Article L.2232.12 alinéa 5 du Code du travail : il ferme toute tentative d'interprétation différente, tirant les leçons du contentieux RTE, Ordonnance TI Puteaux 2 juin 2017

¹⁷ Article D.2232-7 du Code du travail

Quelles sont les modalités de proclamation du résultat et ses conséquences¹⁸ ?

Le résultat du vote fait l'objet d'un PV dont la publicité est assurée dans l'entreprise par tout moyen. Le PV est annexé à l'accord approuvé lors de son dépôt.

L'accord est valide s'il est approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés. À défaut d'approbation, l'accord est réputé non écrit.

ATTENTION

En raison de la période transitoire jusqu'au 30 avril 2018, le régime de la validité d'un accord basée sur une « majorité qualifiée relative » reste applicable. Ce régime de validité est amené à disparaître progressivement pour s'éteindre au 30 avril 2018.

Actuellement, il concerne tous les sujets qui n'ont pas de règles spécifiques de majorité d'engagement à plus de 50 %¹⁹.

Dans les autres cas, le poids d'engagement pour valider un accord est fixé à 30 % au moins, poids que doivent représenter les OSR signataires au regard des SVE en faveur de l'ensemble des OS candidates aux élections²⁰.

L'accord signé avec un tel poids n'est valide que si aucune opposition d'OSR représentant plus des 50 % des SVE en faveur de l'ensemble des OS candidates aux élections n'a été régulièrement formée dans un délai de 8 jours à compter de la notification de l'accord.

Si une opposition majoritaire est régulièrement formée, l'accord ne peut être validé et il est réputé non écrit.

QUELS SONT LES AUTRES TYPES D'ACCORDS COLLECTIFS RÉGIS PAR CES RÈGLES DE VALIDITÉ ?

Les règles générales relatives à la validité des accords collectifs d'entreprise s'appliquent :

- à l'accord d'établissement²¹ ;
- à l'accord de groupe²² ;
- et à l'accord collectif conclu au sein d'une unité économique et sociale (UES)²³.

¹⁸ Article L.2232-12 alinéas 6 et 7

¹⁹ Ce régime est donc exclu pour tout ce qui traite du temps de travail, des congés, des repos, des accords de compétitivité, des ruptures conventionnelles collectives, du conseil d'entreprise et de la configuration du CSE.

²⁰ Ancien article L.2232-12 du Code du travail, applicable jusqu'à la généralisation de la validité par majorité avec repêchage, par combinaison de l'article 21 IX de la loi El khomri du 8 août 2016 et des articles 11 et 17 de l'ordonnance n°2017-1385.

²¹ Article L.2232-12

²² Article L.2232-34 le périmètre d'appréciation des conditions de validité étant adapté au périmètre du groupe

²³ Assimilation par la jurisprudence à l'entreprise pour l'exercice de la représentation du personnel, pour la désignation d'un DS (dernière décision soc. 22 septembre 2010 n°09-60435) et pour négocier (voir notamment l'article L.2313-8 alinéa 3).