

TRAVAIL

Les ordonnances *Macron* réformant le droit du travail ^{302h8}

1^{re} partie

Sous la direction de
Pierre LE COHU
Conseil en droit social,
FIDERE Avocats

Voici un premier dossier sur les ordonnances *Macron* du 22 septembre 2017 réformant avec une « ampleur inégalée », selon les termes du ministère du Travail, notre droit du travail. Ce dossier comprend quatre études significatives de l'esprit de ces ordonnances et portant respectivement sur le nouveau cadre de la négociation d'entreprise (article G. de Raincourt), l'articulation entre les accords de branche et les accords d'entreprise (article A. Sauret), le nouvel environnement juridique du licenciement pour motif économique (article P. Bailly), et le fonctionnement de la nouvelle instance représentative du personnel – le comité social et économique – qui se substitue aux délégués du personnel, au comité d'entreprise et au CHSCT (article P. Le Cohu). Nous attirons l'attention des lecteurs sur le fait que ces articles prennent en compte le texte original des ordonnances ainsi que les amendements votés lors des débats à l'Assemblée nationale sur la loi de ratification. Mais le processus législatif n'est pas terminé puisque le Sénat doit, lui aussi, adopter cette loi. Si, au cours de cette dernière phase, des modifications intervenaient, nous vous en informerons. Par ailleurs, la prochaine édition spécialisée Droit du travail et de la protection sociale comportera un second dossier portant sur les autres mesures contenues dans ces ordonnances.

L'impact de l'ordonnance *Macron* n° 2017-1385 sur la négociation d'entreprise ^{309x1}

L'essentiel

La négociation d'entreprise a été bouleversée à la suite de trois réformes successives intervenues ces trois dernières années. L'objectif de l'ordonnance *Macron* n° 2017-1385 est de la faciliter, tout en l'élargissant à l'ensemble des thèmes de négociation.

Ord. n° 2017-1385, 22 sept. 2017, relative au renforcement de la négociation collective : JO, 23 sept. 2017



Note par
Geoffroy de RAINCOURT
Avocat au barreau de
Paris, spécialiste en droit
du travail et en droit de la
sécurité sociale et de la
protection sociale, associé
gérant, FIDERE Avocats

La négociation d'entreprise a connu trois réformes successives au cours des trois dernières années :

– une première, issue de la loi *Rebsamen* n° 2015-994 du 17 août 2015, qui a impacté la négociation obligatoire en regroupant en trois blocs l'ensemble des thèmes de négociation ;

– une deuxième, issue de la loi *El Khomri* n° 2016-1088 du 8 août 2016, qui avait pour objectif de modifier les

habitudes de négociation dans l'entreprise sur la base du rapport *Combrexelle*, outre une nouvelle articulation entre les accords de branche et les accords d'entreprise ;

– une troisième, issue de l'ordonnance *Macron* n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 – qui nous intéresse ici au premier chef –, ayant pour objectif de renforcer le champ de la négociation d'entreprise tout en réduisant les contraintes, permettant ainsi de bâtir des accords totalement adaptés aux spécificités de chaque entreprise.

Il va de soi que l'adoption de ces trois réformes sur une si courte durée complexifie leur compréhension ainsi que leur mise en œuvre par les entreprises, même si l'objectif de simplification poursuivi par le législateur est louable.

Il convient donc d'analyser l'impact de la dernière réforme sur la négociation collective dans les entreprises pourvues de délégués syndicaux autour de six points (I à VI ci-après).

I. UNE NOUVELLE ARTICULATION ENTRE LES ACCORDS DE BRANCHE ET D'ENTREPRISE

Jusqu'à la loi *El Khomri* dite loi *Travail* du 8 août 2016, il y avait un **premier niveau** où les accords d'entreprise ou d'établissement ne pouvaient pas comporter de clauses dérogeant à celles des conventions de branche (ou accords professionnels ou interprofessionnels) dans les matières des salaires minima, des classifications, de la protection sociale complémentaire et de la mutualisation des fonds de la formation professionnelle.

La loi *Travail* avait complété ce premier niveau de deux matières supplémentaires concernant la primauté des accords de branche sur les accords d'entreprise, à savoir la pénibilité, d'une part, et l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, d'autre part.

La loi *Travail* avait aussi créé un **deuxième niveau** concernant les autres matières (sauf exception fixée par la loi, notamment concernant la durée du travail) : la branche devait définir l'ordre public conventionnel. C'est ainsi que l'accord de branche pouvait « verrouiller » vis-à-vis de l'accord d'entreprise les possibilités de dérogation, à condition de le mentionner expressément. À défaut de clause spécifique déterminant les thèmes sur lesquels les conventions et accords d'entreprise ne pouvaient pas être moins favorables que les conventions et accords conclus au niveau de la branche, primauté était donnée aux accords d'entreprise.

La loi *El Khomri* avait également consacré, dans un **troisième niveau**, le principe de la primauté de l'accord d'entreprise sur l'accord de branche, uniquement en matière de temps de travail (à l'exception de quelques points où la convention de branche conserve la primauté), repos et congés. Dans ces trois matières, l'accord d'entreprise, depuis le 1^{er} janvier 2017, pouvait prévaloir sur celui de la branche, sous réserve d'être un accord majoritaire, c'est-à-dire signé par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives représentant plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections.

L'ordonnance *Macron* du 22 septembre 2017 entend ériger le principe de la primauté de la convention d'entreprise.

Il convient de noter le caractère très positif de cette ordonnance qui laisse désormais une grande liberté de négociation aux partenaires sociaux de l'entreprise. Ainsi, « les stipulations de la convention d'entreprise conclues antérieurement ou postérieurement à la date d'entrée en vigueur de la convention de la branche prévalent sur celles ayant le même objet prévues par la convention de branche » (C. trav., art. L. 2253-3 nouv.).

Le projet de loi ratifiant l'ordonnance, adopté en 1^{re} lecture à l'Assemblée nationale le 28 novembre 2017, apporte une précision complémentaire importante afin de lever toute ambiguïté vis-à-vis des accords signés au niveau d'un groupe. C'est ainsi que les accords et conventions signés dans le périmètre du groupe sont assimilés aux accords d'entreprise et pourront aussi prévaloir sur les accords de branche (C. trav., art. L. 2232-11 nouv.).

“ *On relèvera le caractère très positif de l'ordonnance Macron qui laisse désormais une grande liberté de négociation aux partenaires sociaux de l'entreprise* ”

Il a, toutefois, été prévu deux exceptions :

– la première exception est issue du nouvel article L. 2253-1 du Code du travail qui définit 13 matières où la prédominance de la convention de branche est absolue, sauf lorsque la convention d'entreprise assure des garanties au moins équivalentes ;

– la seconde exception est issue du nouvel article L. 2253-2 du Code du travail qui définit 4 matières où, lorsque la convention de branche le stipule expressément, elle prévaut sur la convention d'entreprise conclue postérieurement, sauf lorsque cette dernière assure des garanties au moins équivalentes.

En conséquence, l'ordonnance *Macron* du 22 septembre 2017 établit trois niveaux de règles entre l'accord de branche et l'accord d'entreprise en fonction des thèmes concernés (v. le **tableau** ci-après).

Niveaux	Règles	Thèmes concernés
Niveau 1	L'accord de branche prime de façon absolue sur l'accord d'entreprise. Ce dernier doit assurer des garanties au moins équivalentes.	<ul style="list-style-type: none"> - Salaires minima hiérarchiques - Classifications - Mutualisation des fonds de financement du paritarisme - Mutualisation des fonds de la formation professionnelle - Garanties collectives complémentaires - Mesures concernant la durée du travail, la répartition et l'aménagement des horaires : durée du travail équivalant à la durée légale pour certains emplois et professions, définition du travailleur de nuit, période de référence pour l'aménagement du temps de travail (3 ans maximum), durée minimale du travail des salariés à temps partiel, taux de majoration des heures complémentaires (minimum 10 %), complément d'heures pour les salariés à temps partiel - Mesures concernant le travail temporaire et le CDD : durée du travail temporaire et du CDD, délai de transmission du CDD au salarié (il semble s'agir d'une erreur matérielle, le législateur souhaitant viser le nombre de renouvellements du CDD), délai de carence en matière de travail temporaire et de CDD, renouvellement du contrat de mission, recours au travail temporaire pour favoriser le recrutement de personnes sans emploi ou pour assurer un complément de formation professionnelle - CDI de chantier : raisons pour lesquelles il y est recouru, taille des entreprises concernées, activités concernées, mesures d'information du salarié sur la nature de son contrat, contreparties en termes de rémunération et d'indemnité de licenciement, garanties en termes de formation pour les salariés concernés - Égalité professionnelle entre les femmes et les hommes - Conditions et durées de renouvellement de la période d'essai - Modalités de transfert conventionnel des contrats de travail - Rémunération minimale du salarié porté et le montant de l'indemnité d'apport d'affaire
Niveau 2	L'accord de branche peut verrouiller toute possibilité de dérogation par l'accord d'entreprise conclu postérieurement. Ce dernier doit assurer des garanties au moins équivalentes.	<ul style="list-style-type: none"> - Prévention des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels (pénibilité) - Handicap - Effectif à partir duquel sont désignés les délégués syndicaux, leur nombre, et la valorisation de leur parcours syndical - Primes pour travaux dangereux et insalubres
Niveau 3	L'accord d'entreprise prime sur l'accord de branche.	Tous les autres thèmes que ceux visés ci-dessus

Dans l'ensemble des matières visées dans les niveaux 1 et 2 ci-dessus, qui peuvent aussi être négociées au niveau de l'entreprise, l'accord d'entreprise peut déroger à l'accord de branche uniquement s'il assure des « garanties au moins équivalentes ». Cette notion est précisée par le projet de loi de ratification de l'ordonnance. Elle s'apprécie par « l'ensemble de garanties se rapportant au même objet » (C. trav., art. L. 2253-1 et C. trav., art. L. 2253-2 nouv.). Est ainsi retenu, comme le suggérait le rapport au Président de la République, que la notion d'équivalence « doit être appréciée domaine par domaine » et non globalement, comme la rédaction initiale pouvait le laisser entendre. Cette précision aura le mérite d'aider le juge en cas de conflit d'accords traitant d'un de ces thèmes. Chaque entreprise sera nécessairement confrontée à cette difficulté, comme en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes où il existe un double niveau de négociation obligatoire – branche et entreprise. Toutefois, même s'il est affirmé la prédominance de l'accord d'entreprise, il ne peut être nié l'importance du rôle

laissé aux branches professionnelles. On peut illustrer ces propos avec le secteur des transports routiers où il a été convenu, dans le cadre d'un protocole d'accord signé le 4 octobre 2017, de réviser l'ensemble des différents dispositifs conventionnels en vigueur en intégrant dans le salaire minimum hiérarchique de nombreux éléments composant la rémunération au-delà du salaire de base, comme les contreparties au travail de nuit, jours fériés et travail du dimanche, outre la prime de 13^e mois. C'est ainsi que l'intégration de nombreuses primes dans le salaire minimum hiérarchique, en contradiction avec l'esprit de l'ordonnance du 22 septembre 2017, réduit le champ de la négociation d'entreprise sur le thème de la rémunération qui ne pourra pas la modifier dans un sens moins favorable que celui de l'accord de branche. Il est à noter que des négociations similaires ont abouti dans le secteur des ports et docks et que dans de nombreux autres secteurs des organisations syndicales font pression pour obtenir ce type de garanties.

Les clauses de « verrouillage » des accords de branche conclus avant la publication des ordonnances *Macron* du 22 septembre 2017 demeurent opposables à deux conditions :

- qu’elles relèvent des domaines du « niveau 2 » établi par les ordonnances (v. tableau ci-dessus) ;
- que les parties confirment, avant le 1^{er} janvier 2019, leur portée au regard de la convention ou de l’accord d’entreprise ou d’établissement. En d’autres termes, les partenaires sociaux au niveau de la branche doivent confirmer par avenant leur intention d’empêcher toute dérogation par convention d’entreprise avant cette date. À défaut, la convention d’entreprise pourrait déroger à l’accord de branche dans un sens moins favorable.

Enfin, toutes les clauses prévues par convention de branche qui seraient contraires aux règles présentées ci-dessus cessent de produire effet au 31 décembre 2017 et cela, quelle que soit la date de conclusion de l’accord de branche. Ainsi, à compter du 1^{er} janvier 2018, la convention d’entreprise, quelle que soit sa date de conclusion, va primer sur la convention de branche dans tous les domaines relevant du niveau 3.

II. L’IMPACT DE L’ORDONNANCE MACRON SUR LA NÉGOCIATION COLLECTIVE D’ENTREPRISE

A. Entrée en vigueur accélérée de l’accord majoritaire

La loi *El Khomri* du 8 août 2016 avait prévu que l’accord d’entreprise ou d’établissement devrait être signé 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 (C. trav., art. L. 2232-12). C’est ainsi qu’a été mis en place le principe de **l’accord majoritaire dans l’entreprise**.

Cette mesure est très critiquée par les entreprises qui rencontrent déjà les plus grandes difficultés à signer des accords collectifs avec une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli au moins 30 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d’entreprise. Ce seuil de 30 % a été institué par la loi du 20 août 2008 « portant rénovation de la démocratie sociale », dernière réforme avant les trois modifications législatives en matière de négociation d’entreprise évoquées ci-dessus.

La généralisation du principe de l’accord majoritaire posé par la loi *El Khomri* est issue de la proposition 43 du rapport *Combexelle*. En effet, le rapport indique que l’accord majoritaire « est de nature à légitimer les accords aux yeux des salariés et à responsabiliser les organisations syndicales. (...) Il est aussi la contrepartie nécessaire à toutes les évolutions proposées de l’accord d’entreprise tant en ce qui concerne son contenu que sa place et son positionnement par rapport à l’accord de branche »⁽¹⁾. Dans le prolongement de la réflexion issue de ce rapport, la primauté de l’accord d’entreprise sur l’accord de branche dans les conditions indiquées ci-avant n’a pu que

conforter le législateur dans son intention de renforcer le principe de l’accord majoritaire et à en accélérer la mise en œuvre.

Concernant le calendrier de l’entrée en vigueur de l’accord majoritaire, il avait été fixé par l’alinéa 9 de l’article 21 de loi *El Khomri* du 8 août 2016 en trois temps :

- à compter du 9 août 2016 pour les accords de préservation et de développement de l’emploi (ces accords créés par la loi *El Khomri* ont été abrogés par l’ordonnance *Macron* n° 2017-1385 du 22 septembre 2017) ;
- à compter du 1^{er} janvier 2017 pour les accords portant sur la durée du travail, les repos et les congés ;
- à compter du 1^{er} septembre 2019 pour tous les autres accords.

Compte tenu du principe posé de la primauté de l’accord d’entreprise, ce calendrier est raccourci de 16 mois par l’article 11 de l’ordonnance *Macron*, dans la mesure où **la date du 1^{er} septembre 2019 a été avancée au 1^{er} mai 2018**. À cette date, tous les accords devront être majoritaires.

Même si une incertitude existe pour la période de 4 mois allant du 1^{er} janvier au 30 avril 2018 (à l’exception des accords obligatoirement majoritaires relatifs à la durée du travail, les repos et les congés), il semblerait possible de signer des accords d’entreprise minoritaires à 30 %, sous réserve de l’absence d’opposition d’un ou plusieurs syndicats majoritaire(s), qui pourraient déroger à l’accord de branche, même dans un sens moins favorable (en dehors des thèmes des niveaux 1 et 2).

B. L’ouverture du recours au référendum à l’initiative de l’employeur

Pour limiter la difficulté de signer un accord majoritaire, il a été institué par la loi *El Khomri* du 8 août 2016 le recours au référendum à l’initiative d’une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans l’entreprise. Mais ce référendum pouvait seulement être demandé à l’issue de la négociation et faute d’accord majoritaire par les seuls syndicats signataires du projet d’accord représentant plus de 30 % des suffrages exprimés en faveur d’organisations représentatives.

L’ordonnance du 22 septembre 2017 étend à l’employeur l’initiative du recours au référendum. Ce dernier peut désormais être organisé, soit à l’initiative d’un ou des syndicats signataires du projet d’accord représentant plus de 30 % des suffrages exprimés en faveur d’organisations représentatives dans un délai de 1 mois suivant la signature du projet d’accord (disposition inchangée), *soit à l’initiative de l’employeur* et ce uniquement à l’issue du délai de 1 mois. C’est ainsi que l’employeur ne peut demander l’organisation d’un référendum qu’à défaut d’initiative des organisations syndicales signataires minoritaires. De même, le texte permet à l’ensemble des organisations syndicales minoritaires signataires du projet d’accord représentant plus de 30 % des suffrages de s’opposer à l’organisation de cette consultation des salariés (C. trav., art. L. 2232-12, nouv.). En revanche, le texte n’impose pas à l’employeur de délai maximum pour indiquer son souhait de consulter les salariés.

Même si l’instauration d’un référendum à l’initiative de l’employeur est une avancée très positive, il peut être regretté que l’exercice de ce recours soit bien trop

(1) Rapp. *Combexelle*, « La négociation collective, le travail et l’emploi », p. 104.

restrictif. Pourquoi, sans porter atteinte à la liberté syndicale et tout en fixant des garanties suffisantes comme l'exige le Conseil d'État⁽²⁾, avoir permis aux organisations syndicales minoritaires de s'opposer à la demande de l'employeur ? Pourquoi ne pas généraliser le recours au référendum par l'employeur à l'issue de la négociation, même en l'absence de signature du projet d'accord ?

Enfin, les textes précisent que « le protocole spécifique » sur la base duquel est organisé ensuite le référendum est valable dès lors qu'il est signé à la fois par l'employeur et par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli *plus de 30 %* des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections professionnelles. La négociation du protocole est désormais ouverte à l'ensemble des organisations syndicales représentatives, et non plus aux seules organisations signataires du projet d'accord. Ceci a permis d'anticiper la décision récente du Conseil constitutionnel, saisi par le Conseil d'État d'une question prioritaire de constitutionnalité sur les modalités d'organisation des référendums en entreprises. À ce titre, le syndicat Force ouvrière reprochait aux dispositions de la loi *El Khomri* de n'inviter à la négociation du « protocole spécifique » que les syndicats minoritaires signataires de l'accord, excluant ainsi les autres syndicats non signataires. Le Conseil constitutionnel a censuré cette disposition de la loi *El Khomri* qui « institue une différence de traitement qui ne repose ni sur une différence de situation ni sur un motif d'intérêt général en rapport direct avec l'objet de la loi »⁽³⁾.

Ce nouveau dispositif trouve à s'appliquer depuis le 24 septembre 2017 en l'absence de disposition transitoire pour les accords devant être majoritaires (accords de nécessité et accords traitant du temps de travail, repos et congés). Cette application immédiate présente aussi l'avantage d'éviter une situation de blocage à la suite de cette décision du Conseil constitutionnel autour de la négociation ainsi que de la validité du « protocole spécifique ».

III. L'IMPACT DE L'ORDONNANCE MACRON SUR LA NÉGOCIATION OBLIGATOIRE D'ENTREPRISE

La loi *Rebsamen* du 17 août 2015 avait modifié en profondeur la négociation obligatoire d'entreprise en regroupant en trois blocs l'ensemble des thèmes de négociation :

- un premier bloc relatif à la rémunération, au temps de travail et au partage de la valeur ajoutée ;
- un deuxième bloc relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et à la qualité de vie au travail ;
- un troisième bloc relatif à la gestion des emplois et des parcours professionnels.

L'ordonnance *Macron* n° 2017-1385 maintient cette organisation en trois blocs. Toutefois, comme cela avait pu être fait par la loi *El Khomri* du 8 août 2016 pour les dispositions concernant le temps de travail, les repos et les congés, les dispositions relatives à la négociation collective d'entreprise sont réécrites selon une architecture en trois parties :

- dispositions impératives d'ordre public, auxquelles il n'est pas possible de déroger ;
- dispositions relevant du champ de la négociation collective ;
- dispositions supplétives s'appliquant à défaut d'accord collectif.

A. La section 1 relative aux dispositions d'« ordre public »

Le champ des dispositions d'ordre public concerne :

- l'obligation pour les entreprises où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives, d'engager au moins tous les 4 ans une négociation sur chacun des trois blocs de négociation annuelle obligatoire (NAO), à savoir :
 - une négociation sur la **rémunération**, notamment les salaires effectifs, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée ;
 - une négociation sur 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. Un plan d'action est établi à défaut d'accord portant sur l'égalité professionnelle ;
 - une négociation sur la **gestion des emplois et des parcours professionnels** dès lors que l'entreprise ou le groupe compte au moins 300 salariés. Sont également visés les entreprises et groupes de dimension communautaire comportant au moins un établissement ou une entreprise de 150 salariés en France ;
- l'obligation de mettre en place un plan d'action en l'absence d'accord relatif à l'égalité professionnelle ;
- l'interdiction pour l'employeur d'édicter des mesures unilatérales dans les matières traitées tant que la NAO est en cours ;
- l'obligation d'établir un PV de désaccord ;
- les conditions de dépôt de l'accord traitant des salaires effectifs ;
- les pénalités financières en l'absence de négociation sur le thème des salaires effectifs et/ou d'accord ou plan d'action sur le thème de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

B. La section 2 relative au « champ de la négociation collective »

Dans les entreprises où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives, est engagée une négociation précisant le calendrier, la périodicité, les thèmes et les modalités de négociation dans le groupe, l'entreprise ou l'établissement.

Cette négociation, qui est facultative, peut aussi être engagée à la demande d'une organisation syndicale représentative.

Plus précisément, il est institué dans cette deuxième partie relative au champ de la négociation collective un **accord organisant la négociation obligatoire**. L'objectif du recours à cet accord est de faire dans chaque entreprise du « sur-mesure » afin d'adapter la négociation obligatoire aux contraintes de l'entreprise. Cet accord doit, pour éviter l'application des dispositions supplétives, traiter des cinq points suivants :

(2) CE, juge des référés, 16 nov. 2017, n° 415063, CGT.

(3) Cons. const., 20 oct. 2017, n° 2017-664 QPC.

– les thèmes des négociations et la périodicité, de telle sorte que la rémunération (salaires effectifs, temps de travail et partage de la valeur ajoutée) et l'égalité professionnelle (et la qualité de vie au travail) soient négociées au moins une fois tous les 4 ans⁽⁴⁾ ;

– le contenu de chacun des thèmes ;

– le calendrier et les lieux des réunions ;

– les informations remises aux négociateurs ;

– les modalités selon lesquelles sont suivis les engagements souscrits par les parties. Il convient de ne pas omettre cette clause de suivi de l'accord qui reprend les dispositions de l'article L. 2222-5-1 du Code du travail issu de la loi *El Khomri*. Pour éviter de multiplier les commissions de suivi d'un accord, ce rôle de suivi peut être confié au comité social et économique (CSE) à l'occasion de chacune des trois consultations récurrentes qui sont liées aux trois blocs de négociation annuelle d'entreprise.

Même si la loi ne le mentionne pas, il est fortement conseillé d'élargir le contenu de cette négociation à d'autres thèmes, et de prévoir éventuellement :

– une clause sur le périmètre de la négociation pour déterminer si la négociation s'opère selon chacun des blocs au niveau du groupe, de l'entreprise, voire de l'établissement ;

– un lien avec les informations/consultations récurrentes du CSE. C'est ainsi qu'en application du nouvel article L. 2312-19 du Code du travail, il pourrait être conseillé aux entreprises d'aménager le contenu et la périodicité des consultations et informations récurrentes du CSE. Il semblerait judicieux, à titre illustratif, de porter à 3 ans la périodicité de la consultation du CSE sur les orientations stratégiques de l'entreprise en l'alignant sur la durée de l'accord concernant le bloc 3 de la négociation obligatoire (relatif à la gestion des emplois et des parcours professionnels), laquelle serait alors également de 3 ans ;

– les modalités de recours à l'expertise technique. Pour les entreprises de plus de 300 salariés, la loi *Rebsamen* avait prévu que l'employeur prenne en charge le coût de l'expertise technique décidée par les représentants du personnel en vue de préparer la négociation annuelle sur l'égalité professionnelle, qui constitue un thème de négociation du bloc relatif à l'égalité professionnelle et la qualité de vie au travail (C. trav., art. L. 2315-95, nouv.).

La durée de cet accord ne peut excéder 4 ans. Il convient de relever à ce stade que, même en l'absence de conclusion d'un tel accord, il est désormais prévu que les accords portant d'une part sur le bloc 1 (relatif à la rémunération, au temps de travail et au partage de la valeur ajoutée) et, d'autre part sur le bloc 2 (relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et à la qualité de vie au travail) peuvent être conclus pour 4 ans, ou fixer la périodicité de leur renégociation par une clause de revoyure dans la limite de 4 ans. Cette nouvelle disposition est positive dans la mesure où elle complète une imperfection de la loi *Rebsamen* qui ne permettait une dérogation à la périodicité de la négociation obligatoire que dans le cadre d'un « accord d'adaptation » (C. trav., art. L. 2242-20, anc.).

Il est à noter que, contrairement à cet « accord d'adaptation » issu de la loi *Rebsamen* et abrogé par l'ordonnance *Macron*, il n'est pas précisé que l'accord organisant la négociation obligatoire ne puisse « supprimer aucun des thèmes obligatoires » répartis dans chacun des trois blocs. L'ordonnance n'érige en dispositions d'ordre public que les trois blocs de négociation obligatoire, sans en déterminer les thèmes dans chacun d'entre eux. C'est seulement dans les dispositions supplétives que, pour chacun des trois blocs, le législateur vient déterminer les thèmes obligatoires et facultatifs. Ne faut-il pas en déduire, en dehors des thèmes visés dans les dispositions d'ordre public (les « salaires effectifs » et les « mesures visant à supprimer les écarts de rémunération »), que l'accord organisant la négociation obligatoire peut désormais supprimer certains thèmes obligatoires de négociation ?

Par ailleurs, la mise en œuvre de cette nouvelle disposition permet de se conformer aux obligations en matière de négociation d'entreprise issues de la loi *El Khomri* du 8 août 2016 imposant aux entreprises de négocier un accord de calendrier (C. trav., art. L. 2222-3) ou encore un accord de méthode (C. trav., art. L. 2222-3). De même, elle permet d'englober (même si cela devient facultatif en cas de signature de cet accord de méthode) les obligations à la charge de l'employeur au cours de la première réunion de la négociation obligatoire, comme le lieu et le calendrier des réunions, les informations à partager avec les négociateurs (C. trav., art. L. 2242-14, nouv.)...

Enfin, il sera relevé que sur la période du 24 septembre 2017 au 1^{er} mai 2018, cet accord organisant la négociation obligatoire peut être conclu par le biais d'un accord minoritaire à 30 % en l'absence d'opposition syndicale. En effet, a été abrogée la référence à l'accord majoritaire qui ne vise plus que certains accords énumérés limitativement.

C. La section 3 relative aux « dispositions supplétives »

Cette section est prévue à défaut d'accord organisant les modalités de la négociation collective dans l'entreprise. L'employeur est ainsi tenu d'engager les négociations obligatoires dans le cadre légal qui a été mis en place par la loi *Rebsamen*, à savoir :

1^o chaque année : une négociation sur la rémunération, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée dont le contenu des thèmes est fixé par le nouvel article L. 2242-15 du Code du travail ;

2^o chaque année : une négociation sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail, dont le contenu des thèmes est fixé par le nouvel article L. 2242-17 dudit code ;

3^o tous les 3 ans : une négociation sur la gestion des emplois et des parcours professionnels (GEPP), dont le contenu des thèmes est fixé par le nouvel article L. 2242-20 du Code du travail. À noter qu'ont été supprimées les références :

– au contrat de génération (C. trav., art. L. 5121-6 à C. trav., art. L. 5125-7) : désormais, l'accord portant sur la GEPP peut également porter sur « la formation et l'insertion durable des jeunes dans l'emploi, l'emploi des salariés âgés et la transmission des savoirs et des compétences, les perspectives de développement de l'alternance, ainsi que les modalités d'accueil des alternants et des stagiaires

(4) Cette précision sur la périodicité minimale de 4 ans n'a pas été reprise pour la négociation du bloc 3 relative à la gestion des emplois et des parcours professionnels. Il doit s'agir d'un oubli qui ne manquera pas d'être corrigé par une ordonnance rectificative.

et l'amélioration des conditions de travail des salariés âgés » ;

– à l'accord de mobilité interne (C. trav., art. L. 2242-16 et C. trav., art. L. 2242-17) : désormais, l'accord portant sur la GEPP peut traiter « le cas échéant, les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise prévue à l'article L. 2254-2, qui doivent, en cas d'accord, faire l'objet d'un chapitre spécifique » ; il est donc uniquement fait un renvoi au nouvel accord de nécessité prévu par l'ordonnance.

Il est vrai que le contenu de cette troisième partie interroge, dans la mesure où les dispositions supplétives ont vocation à s'appliquer aux salariés à défaut d'accord. Or, les huit articles visés dans cette partie (C. trav., art. L. 2242-13 à C. trav., art. L. 2242-21) renvoient exclusivement à la négociation d'entreprise. La partie supplétive traite bien de l'organisation de la négociation obligatoire, faute d'accord, mais reste incomplète quant au contenu applicable aux salariés à défaut d'un accord signé. La seule disposition supplétive réellement reprise ne concerne que la charte d'entreprise relative au droit à la déconnexion du salarié (C. trav., art. L. 2242-17, 7°).

Pour rester dans l'esprit des dispositions supplétives, ne fallait-il pas aussi viser, par exemple pour le bloc 2, les dispositifs devant être mis en place unilatéralement par l'employeur en l'absence d'accord, comme le plan d'action annuel destiné à assurer l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes⁽⁵⁾ ou la décision unilatérale de l'employeur en matière de frais de santé⁽⁶⁾, ou encore les modalités d'exercice du droit d'expression des salariés devant faire l'objet par l'employeur d'une consultation du CSE⁽⁷⁾ ?

Enfin, il sera relevé que le législateur n'a pas entendu supprimer les sanctions pénales à l'encontre de l'employeur qui se soustrait aux obligations légales en matière de négociation obligatoire. Sur ce point, l'ordonnance rectificative devra corriger l'actuel article L. 2243-2 du Code du travail qui renvoie encore à l'ancien article L. 2242-20 du même code relatif à l'accord d'adaptation avant d'être abrogé par l'ordonnance *Macron*.

L'ensemble de ces dispositions sont entrées en vigueur dès le 24 septembre 2017.

IV. LE NOUVEL « ACCORD DE NÉCESSITÉ »

On décomptait quatre types d'accords collectifs différents permettant de faire prévaloir les dispositions de l'accord d'entreprise sur le contrat de travail des salariés : les accords de maintien de l'emploi (C. trav., art. L. 5125-1 à L. 5125-7 anc.) ; les accords de préservation ou de développement de l'emploi (C. trav., art. L. 2254-1 à L. 2254-6 anc.) ; les accords de mobilité interne (C. trav., art. L. 2242-17 à L. 2242-19 anc.) ; les accords de réduction du temps de travail (C. trav., art. L. 3121-41 à L. 3121-47 anc.).

Chaque accord disposait d'un régime spécifique, en particulier en matière de rupture du contrat de travail. Ainsi, le refus du salarié pouvait conduire, suivant le type d'accord, à un licenciement pour motif économique, à un

licenciement pour motif personnel, ou à un licenciement reposant sur un motif « sui generis ». Il est à noter, en outre, que certains de ces accords étaient impossibles à mettre en place, dans la mesure où ils imposaient à l'employeur des engagements trop lourds comme « maintenir les emplois pendant la durée de validité de l'accord » (C. trav., art. L. 5125-1 anc.).

L'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 harmonise et simplifie les conditions de recours à ce type d'accord, tout en les regroupant en *un seul accord* « afin de répondre aux nécessités de fonctionnement de l'entreprise » ou « en vue de préserver ou de développer l'emploi ». Il est ainsi mis en place un nouvel accord de nécessité pouvant :

- aménager la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition ;
- aménager la rémunération au sens de l'article L. 3221-3, dans le respect du SMIC et des salaires minima conventionnels ;
- déterminer les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise.

Outre un champ de l'accord bien plus large, il n'a été prévu par l'ordonnance aucune obligation pour les partenaires sociaux, qui sont libres d'adapter le contenu de ces accords aux contraintes de l'entreprise.

Dans le cadre de la négociation, le CSE peut décider de recourir à un expert-comptable afin qu'il apporte toute analyse utile aux organisations syndicales pour préparer la négociation en vue d'un tel accord (C. trav., art. L. 2315-92, II nouv.). Les frais de cette expertise sont pris en charge par l'employeur à hauteur de 80 %, et par le CSE à hauteur des 20 % restants. On peut regretter sur ce point la disposition du projet de loi de ratification de l'ordonnance, qui indique que si le budget de fonctionnement du CSE est insuffisant pour couvrir le coût de l'expertise, les frais d'expertise sont alors pris en charge en totalité par l'employeur (C. trav., art. L. 2315-80 nouv.).

L'ordonnance précise que les objectifs de l'accord doivent être définis dans son préambule, faisant écho à l'article L. 2222-3-3 du Code du travail qui dispose que « la convention ou l'accord contient un préambule présentant de manière succincte ses objectifs et son contenu ». Toutefois, même si cela ne peut en aucun cas être recommandé, l'omission du préambule dans l'« accord de nécessité » n'est plus sanctionnée par le législateur par la nullité de l'accord, comme cela avait été prévu pour l'accord de préservation ou de développement de l'emploi (C. trav., art. L. 2254-2 anc.). La rédaction d'un préambule est déterminante, notamment pour définir ce que les parties à la négociation entendent par « les nécessités de fonctionnement de l'entreprise », permettant aussi de déterminer les mesures qui s'adaptent à la situation de l'entreprise, soit en vue de préserver l'emploi, et donc éviter de procéder à des licenciements économiques, soit en vue de développer l'emploi.

Par ailleurs, le préambule peut préciser :

- les modalités d'information des salariés sur son application et son suivi pendant toute sa durée ainsi que, le cas échéant, l'examen de la situation des salariés au terme de l'accord ;

(5) C. trav., art. L. 2242-3, nouv., qui figure dans les dispositions d'ordre public et qui reste bien obligatoire en l'absence d'accord d'entreprise.

(6) L. n° 2013-504, 14 juin 2013, art. 1^{er}.

(7) C. trav., art. L. 2281-11, nouv.

- les conditions dans lesquelles les dirigeants salariés exerçant dans le périmètre de l'accord, mandataires sociaux et actionnaires, fournissent des efforts proportionnés à ceux des salariés pendant la durée de l'accord ;
- les modalités selon lesquelles sont conciliées vie professionnelle et vie personnelle et familiale des salariés.

Il est aussi à noter que l'ordonnance *Macron* n'a pas entendu maintenir des contraintes de durée maximale à cet accord. Conformément à l'article L. 2222-4 du Code du travail, la convention ou l'accord est conclu pour une durée déterminée ou indéterminée. Ce n'est qu'à défaut de stipulation de la convention ou de l'accord sur sa durée, que celle-ci est fixée à 5 ans.

Les nouveaux textes prévoient que les stipulations de cet accord *se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail*, en matière de rémunération (tant pour le salaire de base que pour les primes), de durée du travail et de mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise.

Le salarié peut refuser la modification de son contrat de travail résultant de l'application de l'accord. Il dispose d'un délai de 1 mois pour faire connaître son refus par écrit à compter de la date à laquelle l'employeur a communiqué dans l'entreprise sur l'existence et le contenu de l'accord. Cette obligation de communication de l'employeur se caractérise, selon le projet de loi de ratification, « par tout moyen conférant date certaine et précise, de l'existence et du contenu de l'accord, ainsi que du droit de chacun d'eux d'accepter ou de refuser l'application à son contrat de travail de cet accord » (C. trav., art. L. 2254-2, IV).

À compter de la notification du refus par le salarié, l'ordonnance *Macron* est complétée par le projet de loi de ratification qui impose à l'employeur, suite à la décision du Conseil constitutionnel n° 2017-665 QPC, d'engager une procédure de licenciement dans un délai de deux mois (C. trav., art. L.2252-2, V).

Le licenciement du salarié refusant l'application de l'accord *ne repose pas sur un motif économique mais sur un motif « sui generis »*. Il va de soi que ce motif de licenciement ne manquera pas d'être combattu par les salariés devant la juridiction prud'homale. Toutefois, l'article 9 de la Convention OIT prévoit l'hypothèse du « licenciement motivé par les nécessités du fonctionnement de l'entreprise » (Convention n° 158 sur le licenciement). C'est ainsi que les rédacteurs de l'« accord de nécessité » devront prêter une attention particulière pour bien définir ces nécessités de fonctionnement, notamment dans le préambule.

En revanche, la procédure à suivre par l'employeur est celle prévue pour le licenciement personnel, et non celle propre à un motif économique. C'est dans ce cadre que le salarié bénéficiera d'un entretien préalable, d'un préavis et d'une indemnité de licenciement.

Le Conseil constitutionnel, en cas de saisine contre l'ordonnance *Macron*, devrait confirmer ce nouveau dispositif, comme il a pu le faire dans sa décision n° 2017-665 QPC du 20 octobre 2017 concernant une QPC. En effet, les organisations syndicales FO et CGT à l'origine de la QPC estimaient contraires au « droit à l'emploi » les dispositions légales instituant l'accord de préservation et de développement de l'emploi issues de la loi *El Khomri*, dans

la mesure où elles qualifiaient aussi de cause réelle et sérieuse le motif du licenciement du salarié ayant refusé la modification de son contrat de travail en application dudit accord.

Pour le Conseil constitutionnel, le législateur avait apporté au licenciement fondé sur ce motif les mêmes garanties que celles prévues pour le licenciement individuel pour motif économique en matière d'entretien préalable, de notification, de préavis et d'indemnités. Il relève aussi que le fait que la loi ait réputé le licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse n'interdit pas au salarié de contester ce licenciement devant le juge afin que ce dernier examine si les conditions sont respectées.

Par ailleurs, le salarié bénéficie, d'une part, de mesures d'accompagnement dont les modalités auront été fixées dans l'accord et, d'autre part, d'un *abondement de son compte personnel de formation* au-delà du montant minimal défini par décret. Le ministère du Travail a précisé que l'abondement serait fixé à hauteur de 100 heures (ce qui correspond à l'actuel projet de décret à l'heure où nous écrivons ces lignes).

Ce dispositif est en vigueur depuis le 24 septembre 2017. Toutefois, même s'il est signé avant le 1^{er} mai 2018, cet « accord de nécessité » doit être conclu selon les modalités d'un accord majoritaire, comme le mentionne l'article 17 de l'ordonnance. C'est ainsi qu'il doit être :

- signé par des syndicats représentant plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections ;
- signé, à défaut d'accord majoritaire, par des syndicats représentant plus de 30 % des suffrages, puis approuvé par référendum par les salariés à la majorité des suffrages exprimés.

V. LA SÉCURISATION DES ACCORDS COLLECTIFS

A. Renforcement de la validité de l'accord collectif

Les ordonnances prévoient qu'il appartient à celui qui conteste la légalité d'une convention ou d'un accord collectif de démontrer qu'il n'est pas conforme aux conditions légales qui le régissent (C. trav., art. L. 2262-13 nouv.). C'est ainsi que le législateur s'inspire de la jurisprudence constante de la Cour de cassation⁽⁸⁾ qui juge que « les différences de traitement entre catégories professionnelles opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs (...) sont présumées justifiées de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle ».

L'objectif repris par l'ordonnance est de sécuriser les accords d'entreprise qui ont été négociés et signés par « des organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote »⁽⁹⁾.

Même si l'intention de l'ordonnance de créer une présomption de validité des accords est louable, sa portée demeure très relative.

(8) Cass. soc., 4 oct. 2017, n° 16-17517 ; Cass. soc., 27 janv. 2015, n° 13-22179.

(9) Cass. soc., 27 janv. 2015, n° 13-22179.

B. Action en annulation d'un accord collectif

L'ordonnance réduit considérablement le délai pour engager une action en nullité contre des conventions et des accords collectifs. Cette action engagée devant le TGI a un délai de recours identique à celui du recours pour excès de pouvoir, d'une durée de 2 mois (contre 5 ans auparavant selon le droit commun de la prescription). Ce délai s'applique à tous les accords et court :

– à compter de la notification de l'accord d'entreprise pour les organisations disposant d'une section syndicale dans l'entreprise ;

– à compter de la date de publication de l'accord sur la base de données nationale dans les autres cas.

L'action d'un syndicat ou d'un salarié en annulation de l'accord collectif au-delà de ce délai sera donc déclarée irrecevable.

Ces nouvelles dispositions s'appliquent aux accords conclus postérieurement à la date de publication des ordonnances du 22 septembre 2017. Pour les accords conclus antérieurement et pour lesquels aucune instance n'a été introduite, le délai de 2 mois court à compter de la date de publication desdites ordonnances. En revanche, si une instance a été introduite avant cette publication, l'action sera poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne. Cette loi s'applique également en appel et en cassation.

Les règles ci-dessus concernant la durée du délai de contestation et son point de départ ne sont pas applicables à certains accords spécifiques, tels que :

– l'accord de méthode fixant les modalités d'information et de consultation des représentants du personnel dans le cadre d'un licenciement économique d'au moins 10 salariés (délai de 3 mois : C. trav., art. L. 1233-24) ;

– l'accord de plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) (délai de 2 mois à compter de la notification de la décision par la DIRECCTE ou de l'information des parties sur cette décision : C. trav., art. L. 1235-7-1) ;

– l'accord portant rupture conventionnelle collective (délai de 2 mois à compter de la notification de la décision par la DIRECCTE ou de l'information des parties sur cette décision : C. trav., art. L. 1237-19-8).

La portée de ces dispositions instituant un délai de prescription de 2 mois doit être nuancée dans la mesure où elle ne concernera qu'un très faible nombre de contentieux puisqu'elles n'empêchent pas un salarié, pris individuellement, de contester l'application de l'accord dans le cadre d'un litige l'opposant à son employeur.

Les nouveaux textes permettent par ailleurs au juge judiciaire de moduler dans le temps les effets de ses décisions dans le cadre d'un litige relatif à un accord collectif, comme le fait le Conseil d'État⁽¹⁰⁾.

Le juge peut en effet décider que l'annulation de l'accord ne produira ses effets que pour l'avenir ou de moduler les effets de sa décision dans le temps, dès lors qu'il apparaît que l'effet rétroactif de cette annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets produits par l'accord et des situations qui ont pu se constituer sur son fondement, que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets.

Concrètement, le juge est donc autorisé à tenir compte des conséquences économiques ou financières de ses décisions sur l'entreprise et de l'intérêt des salariés pour différer dans le temps sa décision d'annuler l'accord. Ces dispositions vont ainsi dans le sens d'un renforcement de la sécurité juridique pour les parties.

VI. PRÉCISIONS AUTOUR DE LA PUBLICITÉ DES ACCORDS D'ENTREPRISE

En application de la loi Travail du 8 août 2016, les conventions et accords collectifs doivent être rendus publics et versés dans une base de données nationale dont le contenu est publié en ligne dans un standard ouvert aisément réutilisable et dont l'accès est gratuit (C. trav., art. L. 2231-5-1). L'objectif poursuivi par cette réforme était de faciliter l'accès aux bonnes pratiques des entreprises.

Comme le confirme le décret n°2017-752 du 3 mai 2017, ces dispositions s'appliquent aux accords conclus depuis le 1^{er} septembre 2017. Il convient de préciser que cette base de données a été mise en ligne le 17 novembre 2017 sur le site internet « legifrance.gouv.fr » dans la rubrique « Accords d'entreprise ».

Pendant une période transitoire fixée jusqu'au 1^{er} octobre 2018, il a été convenu que les accords seront publiés dans une version anonyme ne comportant pas les noms et prénoms des négociateurs et des signataires.

En outre, sont rendues possibles :

– **une publication partielle de l'accord.** Les parties peuvent acter qu'une partie du texte ne doit pas être publiée. Cette décision doit être actée dans un document signé par la majorité des organisations syndicales signataires ainsi que par le représentant de l'entreprise. Cet acte doit aussi indiquer les raisons pour lesquelles l'accord ne fait pas l'objet d'une publication intégrale (en mettant en avant, par exemple, que certains articles de l'accord sont confidentiels dans la mesure où ils décrivent la stratégie de l'entreprise) ;

– **une anonymisation de l'accord,** même après la période transitoire qui devait prendre fin au 1^{er} octobre 2018. Ainsi, si l'une des organisations signataires le demande, l'accord sera publié dans une version rendue anonyme. Cette demande est transmise au moment du dépôt de l'accord par la partie la plus diligente et les autres signataires peuvent formuler la même demande dans un délai d'un mois suivant le dépôt de l'accord.

Le projet de loi de ratification des ordonnances Macron, voté le 28 novembre 2017 en 1^{re} lecture à l'Assemblée nationale, modifie ces deux dernières règles en prévoyant que : la possibilité, à la demande des signataires, de procéder à une publication partielle de l'accord doit être précisée par un décret en Conseil d'État ; l'anonymisation de l'accord est généralisée au-delà de la période transitoire « pour des raisons tenant au droit à l'oubli » (exposé des motifs de l'amendement n° 368 modifiant l'article L. 2231-5-1 du Code du travail).

Les trois réformes successives ont eu pour objectif commun de faciliter la négociation d'entreprise. Il incombe maintenant au législateur de laisser le temps aux partenaires sociaux d'appréhender ces nouveaux outils pour mettre en œuvre sereinement ces réformes et faire cesser cette période d'incertitude juridique.

(10) CE, ass., 11 mai 2004, n° 255886.