

Droit social : relations collectives

Leçon 7 : Le droit des salariés à la négociation collective

Joséphine DIRRINGER

Table des matières

Titre I – De la liberté de négociation au droit des salariés à la négociation collective.....	p. 2
Section 1 : La garantie constitutionnelle apportée à la négociation collective.....	p. 2
§1 : Négociation collective et liberté syndicale.....	p. 3
§2 : Négociation collective et principe de participation.....	p. 6
Section 2 : La teneur de la liberté de négocier collectivement.....	p. 7
§1 : Le champ matériel de la négociation collective.....	p. 7
§2 : Le champ spatial de la négociation collective.....	p. 8
Section 3 : Le droit des salariés à la négociation collective.....	p. 11
§1 : Les obligations de négocier au niveau de la branche.....	p. 12
§2 : Les obligations de négocier au niveau de l'entreprise.....	p. 14
A - Les dispositions d'ordre public.....	p. 14
B - Les accords de procédure.....	p. 16
C - Les dispositions supplétives.....	p. 17
1. Les thèmes, le contenu et les périodicités des négociations obligatoires fixés par la loi.....	p. 17
2. Les modalités de déroulement de la négociation.....	p. 20
3. Le ou les niveaux de négociation.....	p. 21
Titre II - L'insertion des conventions et accords collectifs dans la hiérarchie des normes.....	p. 23
Section 1 : La place de la négociation collective dans l'ordre juridique étatique français.....	p. 23
§1 : La participation des interlocuteurs sociaux en amont de la loi.....	p. 24
§2 : L'intervention des interlocuteurs sociaux en aval de la loi.....	p. 26
Section 2 : L'articulation de la loi et des accords collectifs de travail.....	p. 28
§1 : L'ordre public social.....	p. 29
A - La notion d'ordre public social.....	p. 29
B - L'application de la règle de faveur.....	p. 30
§2 : L'ordre public absolu.....	p. 31
A - Les rapports d'exclusion.....	p. 32
B - Les rapports de prévalence.....	p. 32
§3 : Les dérogations à la loi et la mise en œuvre des dispositions légales par voie conventionnelle.....	p. 35

La manière dont les représentants des salariés interviennent, participent à la détermination des conditions de travail, est garantie au titre d'une liberté fondamentale. Et cela vaut en particulier pour la négociation collective par laquelle les organisations syndicales négocient et concluent des accords collectifs qui ont vocation à régir les relations de travail et à définir les conditions de travail et d'emploi des salariés.

Il existe d'importantes discussions doctrinales pour savoir quel est le fondement de ce pouvoir normatif.

Pour certains, le pouvoir normatif des interlocuteurs sociaux est un pouvoir délégué par la loi. Dans cette perspective, les interlocuteurs sociaux ont le pouvoir d'édicter parce que et dans la mesure où l'État leur concède ce pouvoir. Il est certain qu'il existe dans le Code du travail des habilitations à destination des interlocuteurs sociaux qui reconnaissent à ces derniers le pouvoir de négocier et de conclure des accords collectifs. Au-delà des dispositions légales, ce pouvoir disposerait d'une assise constitutionnelle. Ainsi, la liberté de négocier collectivement serait une liberté à valeur constitutionnelle que le législateur ne saurait valablement supprimer ni restreindre excessivement. Pour d'autres, les interlocuteurs sociaux ont un pouvoir normatif autonome et préexistant à la reconnaissance de l'État. L'idée que les interlocuteurs sociaux disposeraient d'un pouvoir normatif originaire est exprimée dans le concept d'autonomie collective. Pour d'autres encore, l'autonomie du pouvoir normatif des interlocuteurs sociaux est telle que le système des relations professionnelles constitue un ordre juridique distinct de l'ordre juridique étatique. Et dans cette perspective, l'État ne ferait que reconnaître les normes issues de l'ordre juridique socioprofessionnel en intégrant les conventions et accords collectifs au sein de la hiérarchie des normes de l'ordre juridique étatique.

Ces différentes analyses ne présentent pas seulement un intérêt théorique. Elles présentent des enjeux pratiques lorsqu'il s'agit de déterminer si et dans quelle mesure les interlocuteurs sociaux peuvent créer de nouvelles règles en dehors de tout cadre légal. En effet, la manière dont on conçoit le pouvoir normatif des interlocuteurs sociaux, soit comme un pouvoir autonome, soit comme un pouvoir délégué, a des implications importantes quant à la place que l'on reconnaît à l'État et aux interlocuteurs sociaux, pour savoir si et dans quelle mesure l'État doit intervenir pour régir les rapports sociaux, si et dans quelle mesure l'État doit laisser les interlocuteurs sociaux libres de déterminer leurs relations entre eux, et vis-à-vis des salariés.

Fondée à la fois sur la liberté syndicale et sur le principe constitutionnel de participation des travailleurs, la négociation collective est à la fois une liberté publique reconnue aux organisations syndicales et patronales et un droit fondamental des travailleurs (Titre I). Il en résulte un véritable pouvoir normatif reconnu aux interlocuteurs sociaux. Les normes conventionnelles ainsi produites s'insèrent dans la hiérarchie des normes et ce dont il résulte une certaine articulation avec les normes d'origine étatique et en particulier la loi (Titre II).

Titre I – De la liberté de négociation au droit des salariés à la négociation collective

La négociation collective est une liberté fondamentale qui est garantie par la Constitution (Section 1). Cette garantie confère aux interlocuteurs sociaux la liberté de négocier sur l'ensemble des questions qui ont trait aux relations de travail et au niveau qui leur semble le plus à même de répondre aux enjeux auxquels ils prétendent répondre (Section 2). Toutefois, en tant que droit des salariés à la négociation collective, la loi impose parfois, pour rendre effectif ce droit, des obligations de négocier sur des thèmes qui, aux yeux du législateur, sont essentiels (Section 3).

Section 1 : La garantie constitutionnelle apportée à la négociation collective

La liberté de négocier collectivement résulte de la reconnaissance au syndicat de la personnalité morale. En tant que personne morale, et comme toute personne morale, le syndicat a le droit de contracter ; et longtemps

la négociation collective était perçue simplement comme l'exercice de la liberté contractuelle. Dans beaucoup de systèmes de relations professionnelles, la négociation collective constitue d'ailleurs un attribut de la liberté syndicale. La liberté de négocier collectivement constitue, avec la grève, une prérogative syndicale qui permet aux syndicats de défendre les intérêts de leurs membres face aux organisations patronales, qui, comme les syndicats de salariés, disposent de la même manière de la liberté de négociation collective.

Seulement, dans ces systèmes, l'État n'intervient pas ou peu et les accords conclus n'ont vocation à n'engager que le syndicat-personne morale et les adhérents du syndicat qui ont accepté d'être liés par les actes conclus par le syndicat en leur nom et pour leur compte.

En droit français, la négociation collective constitue certes une modalité de l'action syndicale (Section 1). Mais il s'agit surtout – et c'est ainsi que cela est formulé dans le Code du travail depuis la loi de 1971 un droit des salariés fondé sur le principe de participation (Section 2). Ainsi la négociation collective est-elle au confluent de l'alinéa 6 et de l'alinéa 8 du Préambule. En même temps qu'elle est une liberté reconnue aux syndicats, elle est un droit des salariés, un droit dont les titulaires sont les salariés et dont les agents d'exercice sont les syndicats.

Cette manière de concevoir la négociation collective va avoir beaucoup de conséquences notamment à l'égard des obligations que la loi va imposer à l'employeur de manière corrélative à la reconnaissance du droit des salariés à la négociation collective, dans le fait que les syndicats ne disposent pas d'un monopole en matière collective, ou encore dans l'effet des conventions et des accords collectifs sur le contrat individuel de travail.

§1 : Négociation collective et liberté syndicale

Le lien entre liberté syndicale et négociation collective n'est pas explicite dans la Constitution.

Exemple

C'est finalement le Conseil constitutionnel qui reconnaîtra ce lien dans la décision du 6 novembre 1996. Décision n° 96-383 DC du 6 novembre 1996 :

« 8. Considérant qu'aux termes du sixième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : "Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale..." ; qu'aux termes du huitième alinéa du même préambule : "Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises." ; **que si ces dispositions confèrent aux organisations syndicales vocation naturelle à assurer, notamment par la voie de la négociation collective, la défense des droits et intérêts des travailleurs, elles n'attribuent pas pour autant à celles-ci un monopole de la représentation des salariés en matière de négociation collective ; que des salariés désignés par la voie de l'élection ou titulaires d'un mandat assurant leur représentativité peuvent également participer à la détermination collective des conditions de travail dès lors que leur intervention n'a ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à celle des organisations syndicales représentatives ; ».**

Dans cette décision, le Conseil constitutionnel garantit, au nom de la liberté syndicale, le rôle des organisations syndicales dans la négociation et la conclusion des accords collectifs d'entreprise. Plus généralement, il garantit le lien qui existe entre l'objet du syndicat – le syndicat est celui qui a « *vocation naturelle à assurer la défense des droits et intérêts des travailleurs* » - et l'action qu'il mène pour le réaliser – la négociation collective.

Comme nous l'avons déjà souligné dans la leçon consacrée à la liberté syndicale, la liberté des syndicats de négocier suppose qu'ils soient libres d'ouvrir des négociations, y compris dans un périmètre original et non visé par le Code du travail. Cela peut soulever des difficultés pour déterminer quelles sont les organisations syndicales représentatives, seules habilitées à participer aux négociations (cf. infra). Mais la liberté de négocier collectivement, attachée à la liberté syndicale, oblige les organisations patronales de saisir le Ministre du travail afin « *d'arrêter, sous le contrôle du juge administratif, la liste des organisations syndicales représentatives et leurs audiences respectives dans un périmètre utile pour une négociation en cours ou à venir, y compris lorsque celui-ci ne correspond pas à une "branche professionnelle" au sens de l'article L. 2122-11 du code du travail* » (CE, 4 nov. 2020, n° [434519](#)). Dans la même affaire, la Cour de cassation a précisé que « *les partenaires sociaux qui souhaitent négocier dans un champ professionnel qui n'a pas donné lieu à*

l'établissement d'une liste des syndicats représentatifs par arrêté du ministère du travail en application de l'article L. 2122-11 du code du travail ou à l'issue d'une enquête de représentativité en application de l'article L. 2121-2 du même code doivent, avant d'engager la négociation collective, demander, dans les conditions précitées, à ce qu'il soit procédé à la détermination des organisations représentatives dans le champ de négociation pour s'assurer que toutes les organisations syndicales représentatives dans ce périmètre sont invitées à la négociation » (Cass. soc., 10 février 2021, n° [19-13.383](#)). En n'ayant pas sollicité le Ministre du travail, l'organisation patronale a commis selon les juges un trouble manifestement illicite. Et pourrait-on ajouter, un tel manquement serait de nature à justifier l'annulation de l'accord qui aurait pu avoir été conclu sans que l'ensemble des syndicats possiblement représentatifs aient été conviés aux négociations.

Le lien entre négociation collective et liberté syndicale apparaît également, et plus clairement, au sein des normes internationales et européennes.

Ainsi, que ce soit l'article 11 de la CEDH ou l'article 5 de la Charte sociale, la négociation collective est garantie en tant qu'élément essentiel de la liberté syndicale. De même, l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne conçoit la négociation collective comme un moyen d'action collective reconnu aux salariés et aux employeurs ainsi qu'à leurs organisations.

Ainsi dans un arrêt important, la CEDH juge qu'en égard aux développements du droit du travail tant international que national et de la pratique des États contractants en la matière, que le droit de mener des négociations collectives avec l'employeur est, en principe, devenu l'un des éléments essentiels du « *droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts* » énoncé à l'article 11 de la Convention, étant entendu que les États demeurent libres d'organiser leur système de manière à reconnaître, le cas échéant, un statut spécial aux syndicats représentatifs (**CEDH, 12 novembre 2008, Demir et Byakara contre Turquie**).

Remarque

A lire en ligne : [Nicolas Hervieu, « Liberté syndicale \(Art. 11 CEDH\) : Nouvelle progression du droit de grève devant la Cour européenne des droits de l'homme », in Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF, 23 avril 2009.](#)

Autrement dit, l'État ne peut supprimer la négociation collective sans méconnaître la liberté syndicale. En revanche, l'État n'apporte par une atteinte excessive à la liberté syndicale en réservant cette prérogative aux syndicats représentatifs (à condition que ces critères soient clairs précis préétablis et ne limitent pas de manière disproportionnée la liberté de négocier.

Il ne fait de doute que le droit français était conforme aux prescriptions de l'arrêt *Démir et Byakara*. À une réserve près cependant. En effet, la CEDH poursuivait en affirmant que :

Comme les autres travailleurs, les fonctionnaires, mis à part des cas très particuliers, doivent en bénéficier, sans préjudice toutefois des effets des « restrictions légitimes » pouvant devoir être imposées aux « membres de l'administration de l'État » au sens de l'article 11 § 2, dont cependant les requérants en l'espèce ne font pas partie (paragraphe 108 ci-dessus).

Or, jusqu'à la [loi du 5 juillet 2010](#), les fonctionnaires étaient privés du droit de négociation collective. Il n'est pas interdit de penser que l'adoption de cette loi a aussi été influencée par la jurisprudence de la CEDH, car, en l'adoptant, le législateur a mis en conformité le droit de la fonction publique avec les exigences tirées de l'article 11.

Remarque

La négociation collective a fait l'objet d'une nouvelle réforme issue de l'[ordonnance n° 2021-174 du 17 février 2021](#) relative à la négociation et aux accords collectifs dans la fonction publique

Qu'ils soient salariés ou fonctionnaires, dans les deux cas il s'agit de travailleurs juridiquement subordonnés. Cela signifie-t-il que les travailleurs indépendants ne disposent pas du droit de négocier collectivement ? La question mérite aujourd'hui d'être posée tant la part des travailleurs indépendants augmente, parmi lesquels on compte beaucoup de « faux indépendants » ou de « travailleurs indépendants économiquement dépendants ».

La CJUE a été saisie d'une question préjudicielle ([C-413/13, 4 décembre 2014, FNV Kunsten Informatie en Media C/ Staat der Nederlanden](#)). Il lui était demandé si le droit de la concurrence résultant de l'article 101 du TFUE s'oppose à ce qu'une convention collective conclue entre des associations d'employeurs et de travailleurs indépendants prévoient un tarif minimum déterminé.

Selon la Cour, la disposition d'une convention collective de travail, conclue par une organisation de travailleurs au nom et pour le compte des prestataires de services indépendants qui y sont affiliés « *ne constitue pas le résultat d'une négociation collective entre partenaires sociaux et ne saurait être exclue, en raison de sa nature, du champ d'application de l'article 101, paragraphe 1, TFUE* ». Cependant, considère-t-elle, ce constat ne saurait toutefois faire obstacle à ce qu'une telle disposition d'une convention collective de travail puisse être également considérée comme le résultat d'un dialogue social dans l'hypothèse où lesdits prestataires de services, au nom et pour le compte desquels le syndicat a négocié, constituent en réalité de « faux indépendants », à savoir des prestataires se trouvant dans une situation comparable à celle des travailleurs. En effet, dans ce cas, le prestataire dépendant économiquement est un travailleur au sens du droit de l'Union européenne, justifiant les dérogations aux principes résultant de l'article 101 du TFUE.

Remarque

Le droit de l'Union européenne est sans doute appelé à être modifié sur ce point sous l'effet de l'essor du travail de plateforme qui a vu naître la revendication, de la part de travailleurs de plateforme exerçant leur activité professionnelle sous le statut de travailleur indépendant, de pouvoir négocier collectivement leurs conditions d'emploi et de travail avec les plateformes numériques qui déterminent ces conditions à travers leur algorithme. Ainsi la Commission européenne a-t-elle adopté [le 29 septembre 2022 des lignes directrices](#) relatives à l'application du droit de la concurrence de l'UE aux conventions collectives concernant les conditions de travail des travailleurs indépendants sans salariés. Ces lignes directrices précisent les circonstances dans lesquelles les travailleurs indépendants qui n'emploient pas de salariés peuvent « *se regrouper pour négocier collectivement en vue d'obtenir de meilleures conditions de travail sans enfreindre les règles de concurrence de l'UE* ». Ces lignes directrices n'ont pas de force normative ni d'effet contraignant à l'égard des États. Cependant, elles laissent entrevoir une position plus accueillante vis-à-vis de ces négociations et des législations, comme celle de la France, qui ont institué un cadre de négociation collective dans le champ du travail de plateforme de transport de personnes ou de marchandises.

En France, on songe évidemment à bon nombre de faux autoentrepreneurs ou aux « travailleurs ubérisés » qui bien que juridiquement indépendants sont dépendants économiquement d'un donneur d'ordre ou d'une plateforme numérique. Récemment, les pouvoirs publics ont imparfaitement reconnu la liberté de négocier collectivement pour une partie des travailleurs de plateforme. Une [ordonnance du 21 avril 2021 \(n° 2021-484\)](#) ratifiée par la loi n° 2022-139 du 7 février 2022 et complétée par une nouvelle [ordonnance du 6 avril 2022](#) a institué à l'échelle des secteurs des plateformes de transports (de personnes et de marchandises). Il n'est pas certain cependant que ces nouvelles dispositions traduisent la reconnaissance de la liberté de négocier collectivement au sens où celle-ci est reconnue par les normes constitutionnelles, européennes et internationales, dans la mesure où les pouvoirs publics français refusent de considérer les travailleurs de plateformes comme de véritables travailleurs. Pourquoi ? Quelle est la raison de cette hésitation ? Qui lira les ordonnances d'avril 2021 et d'avril 2022 reconnaîtra le régime de la représentativité syndicale issu de la loi du 20 août 2008 et le régime des accords collectifs de travail. Le vocabulaire est éloquent et l'on sera évidemment tenté d'interpréter ces dispositions par analogie avec celles issues du droit commun de la négociation collective. Ce sentiment demeure à la lecture de la [loi n° 2022-139 du 7 février 2022](#) et de l'ordonnance adoptée en avril 2022 définissant les règles organisant le dialogue social au sein de l'économie de plateforme des transports. Celles-ci s'inspirent très largement du contenu des règles du droit de la négociation collective. Cette impression n'est vraie que pour une partie seulement, car une autre partie du texte prend bien soin au contraire de s'en départir. D'abord, ce sont des dispositions spéciales qui, dans un titre autonome du Code du travail « *ne [renvoyant à] aucun autre segment de ce code* » (Jeammaud, 2020), figurent loin des dispositions régissant le droit commun de la négociation collective. Ainsi le choix a-t-il été fait d'écarter le monopole des organisations syndicales des travailleurs ou encore de mettre à l'écart l'inspection du travail au profit d'une institution *ad hoc*, l'Autorité des relations sociales des plateformes d'emploi (ARPE), comme garante du statut protecteur des travailleurs titulaires d'un mandat de représentation. Évidemment, elle prend soin de préciser à plusieurs reprises qu'il s'agit de « travailleurs indépendants », ce qui rapporté à l'arrêt précité de la CJUE devrait conduire à considérer qu'ils ne sont donc pas titulaires du droit de négocier collectivement. Sans aller plus loin dans l'analyse de ces dispositions, ces quelques exemples révèlent déjà la présence d'un entre-deux qui est de

nature à créer une confusion et à interroger sur la reconnaissance d'un droit des travailleurs de plateformes à négocier collectivement qui serait fondé sur le principe constitutionnel de participation des travailleurs. La question a été soulevée devant le Conseil constitutionnel à l'occasion de l'adoption de la loi LOM ([Décision du 20 décembre 2019 DC](#)). Celui-ci était interrogé sur l'absence de négociation ou de concertation avec les travailleurs de plateforme à propos de la Charte que les plateformes numériques de transport sont invitées à élaborer et éventuellement à faire homologuer par les pouvoirs publics (C. trav., art. [L. 7342-9 s.](#)). Pour écarter ce grief, le juge constitutionnel répond que : « *les plateformes de mise en relation par voie électronique et les travailleurs en relation avec elles ne constituent pas, en l'état, une communauté de travail* ». Reprenant cette solution, le Conseil d'État a estimé dans un [avis rendu le 6 juillet 2021](#) à propos du projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2021-484 du 21 avril 2021 que « *Le Conseil d'État appelle l'attention du Gouvernement sur le fait que la définition de ces règles s'inscrit dans le cadre des relations de droit commercial qui lient les plateformes de mise en relation par voie électronique et les travailleurs indépendants en relation avec elles, dont le Conseil constitutionnel retient qu'ils ne constituent pas, en l'état, une communauté de travail. Par suite, les garanties apportées par le législateur ne relèvent pas de la mise en œuvre du principe de participation des travailleurs protégé par le huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 (décision n° 2019-794 DC du 20 décembre 2019, paragr. 12 à 14)* ». Autrement dit, le dialogue social institué par les ordonnances d'avril 2021 et d'avril 2022 ne serait pas garanti de la même manière que celui dont bénéficie les salariés, n'étant pas des travailleurs au sens des normes à valeur constitutionnelle.

§2 : Négociation collective et principe de participation

La négociation collective ne se résume pas à l'exercice par les syndicats d'une liberté conventionnelle. Elle est aussi un droit des salariés et qui trouve son fondement dans le principe de participation énoncé à l'alinéa 8 du Préambule : « *Les salariés participent par l'intermédiaire de leurs représentants à la détermination collective de leurs conditions de travail.* » En négociant avec l'employeur ou les organisations patronales et en concluant des conventions et des accords collectifs, les syndicats déterminent, au nom et pour le compte des salariés, leurs conditions de travail et ainsi réalisent le principe de participation. Ce droit n'a été clairement affirmé par le Code du travail qu'à l'issue de la loi du 13 juillet 1971.

Art. [L. 2221-1](#) du Code du travail :

« *Le présent livre est relatif à la détermination des relations collectives entre employeurs et salariés. Il définit les règles suivant lesquelles s'exerce **le droit des salariés à la négociation collective** de l'ensemble de leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que de leurs garanties sociales.* »

Dans cette conception, les syndicats ne sont que de simples agents d'exercice d'un droit dont ils ne sont pas les titulaires. C'est d'ailleurs là une des raisons essentielles qui aujourd'hui donnent un sens à l'exigence de représentativité en matière de négociation collective (Cf. Leçon 5). C'est parce que la négociation collective est un droit des travailleurs et non pas seulement une modalité de l'exercice du droit syndical que le législateur a pu réserver l'exercice du droit de négocier collective aux seules organisations syndicales représentatives. Comme l'a montré S. Yannakourou dans sa thèse (S. Yannakourou, *L'État, l'autonomie collective et le travailleur*, étude comparée du droit italien et du droit français de la représentativité syndicale, LGDJ, 1995), la condition de représentativité a été la manière pour l'État de sélectionner les syndicats habilités à négocier et conclure des accords collectifs auxquels la loi entendait reconnaître un effet normatif à l'égard du contrat de travail.

Cela ressort aussi de la décision précitée du Conseil constitutionnel du 6 novembre 1996. Plus récemment, Le Conseil constitutionnel affirme que la détermination de critères de représentativité garantit aux salariés que « *la négociation collective soit conduite par des organisations syndicales dont la représentativité est notamment fondée sur le résultat des élections professionnelles* » (Déc. n° [2010-42 Q.P.C.](#) du 7 octobre 2010, considérant 6).

Remarque

Notons toutefois que l'exigence de représentativité est exigée, pour les organisations syndicales de salariés, quel que soit le niveau de négociation. S'agissant des organisations patronales, leur représentativité n'est exigée que dans la mesure où les accords conclus ont vocation à s'appliquer à l'ensemble des employeurs que ces derniers soient ou non membres des organisations patronales signataires. Or, seuls les accords professionnels et les conventions collectives de branches susceptibles d'être étendus ont un tel effet à l'égard des employeurs. Pour autant, cela ne signifie pas que l'exigence de représentativité des organisations patronales a vocation à garantir le droit des employeurs à la négociation collective. En effet, le Conseil constitutionnel a jugé que « *le huitième alinéa, qui consacre un droit aux travailleurs, par l'intermédiaire de leurs délégués, à la participation et à la détermination collectives de leurs conditions de travail, ne confère aucun droit équivalent au bénéfice des employeurs.* ». Par suite ce n'est qu'en application de l'alinéa 6 du Préambule de la Constitution de 1946 et de l'article 34 de la Constitution qu'« *il était loisible au législateur, pour fixer les conditions de mise en œuvre de la liberté syndicale, de définir des critères de représentativité des organisations professionnelles d'employeurs.* » (considérants 8 et 11 Décision n° [2015-519](#) QPC du 3 février 2016).

Si la négociation collective est garantie constitutionnellement comme une liberté des syndicats et un droit de participation, il n'existe pas de domaine réservé par la Constitution à la négociation collective. En effet, le droit des salariés à la négociation pourrait impliquer, lorsque la détermination de leurs conditions de travail est en cause, que l'État doive laisser les interlocuteurs sociaux négocier préalablement. Tel est le cas en Espagne ou encore en Allemagne qui garantit l'autonomie tarifaire. Une telle garantie n'existe pas en droit français. Selon le Conseil constitutionnel « *aucun principe constitutionnel n'oblige le législateur à faire précéder l'élaboration de la loi portant détermination des principes fondamentaux du droit du travail, d'une concertation entre les interlocuteurs sociaux* » (Déc. [98-401](#) DC du 10 juin 1998. Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail. Rec. p. 258). Jusqu'à la loi du 31 janvier 2007, cela ne constituait qu'une faculté laissée à l'appréciation du gouvernement, auteur du projet de loi. Depuis cette loi, l'article [L. 1](#) du Code du travail exige une concertation préalable. Toutefois, concertation ne signifie pas nécessairement négociation collective. De plus, il ne s'agit que d'une obligation légale qui n'est pas imposée au titre de la liberté syndicale. Il est aujourd'hui question de conférer à cette règle valeur constitutionnelle. On remarquera toutefois qu'il ne s'agit pas, à l'heure actuelle, de reconnaître un domaine réservé à la concertation entre interlocuteurs sociaux mais seulement de leur offrir un temps.

Section 2 : La teneur de la liberté de négocier collectivement

Le champ de la négociation collective est très large aussi bien au regard des domaines (§1) sur lesquels elle peut porter que dans les espaces dans lesquelles elle peut avoir lieu (§2).

§1 : Le champ matériel de la négociation collective

Au fil des lois, le champ ouvert à la négociation collective s'est élargi jusqu'à couvrir l'ensemble des aspects relatifs aux relations de travail, qu'ils soient individuels ou collectifs.

Lorsque la loi du 25 mars 1919 institue les conventions collectives de travail, celles-ci ont vocation à régir « *les conditions auxquelles doivent satisfaire les contrats de travail individuels ou d'équipe* ». La loi du 24 juin 1936 ne modifiera pas la définition du champ d'application des accords collectifs reconnus par la loi de 1919. La loi adoptée le 23 décembre 1946, symptomatique du dirigisme étatique à la Libération, est plus claire encore quant à la volonté de ne pas inclure dans le champ des conventions collectives les relations collectives de travail. Ce champ recouvre seulement « *l'ensemble des relations individuelles de travail* », ce qui, a contrario, exclut les relations collectives. Cette restriction première du champ de la négociation collective résulte également de la finalité qui était à l'origine donnée à la négociation collective. MM. J. Rivero et J. Savatier écrivaient dans leur manuel que « *le procédé tend essentiellement, en effet, à porter remède à l'inégalité fondamentale entre employeur et travailleur, qui permettait au patron, dans le cadre du contrat individuel, de dicter ses conditions.*

[...] En transposant au plan collectif les rapports de travail, il compense l'infériorité économique qui, au plan individuel, met le travailleur à la merci du patron ». Ainsi, selon les auteurs du Précis Dalloz, « toute convention collective permet aux représentants des employeurs et des salariés de s'accorder sur des règles applicables aux relations individuelles de travail ».

La loi du 11 février 1950 (Loi n° 50-205 du 11 février 1950, JORF 12 février 1950, p. 1688) marque une rupture avec la loi du 23 décembre 1946. Elle renoue avec le principe de la liberté conventionnelle. Selon l'avis de J. Rivero, « le débat entre le contrat individuel et le procédé collectif essentiel en 1936 se trouvait totalement dépassé : le vrai débat cette fois était entre le procédé conventionnel et le procédé réglementaire. Retour au libéralisme certes : mais en 1936, il agissait de retrouver l'esprit du véritable débat contractuel par-delà et contre l'individualisme ; en 1950, il s'agissait de le retrouver contre le dirigisme et l'étatisme ».

Dans cette perspective, une nouvelle définition est donnée au champ des conventions collectives. Selon l'article 31 a) du Code du travail alors en vigueur, « la convention collective est **un accord relatif aux conditions de travail** ».

La loi du 13 juillet 1971 l'élargira à « **l'ensemble de leurs conditions de travail et de leurs garanties sociales** ». La loi du 13 novembre 1982 ajoutera à cette définition matérielle du champ de la négociation collective les conditions d'emploi. La loi du 4 mai 2004 complètera à son tour cette liste par la formation professionnelle. Depuis, les domaines relevant de la négociation collective sont énumérés à l'article L. 2221-1 du Code du travail.

Art. [L. 2221-1](#) du Code du travail :

*« Le présent livre est relatif à la détermination des relations collectives entre employeurs et salariés. Il définit les règles suivant lesquelles s'exerce le droit des salariés à la négociation collective de **l'ensemble de leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que de leurs garanties sociales**. »*
Il n'existe aucun domaine qui, a priori, échappe à la négociation collective. Les frontières du négociable sont donc celles qu'imposera le cas échéant et par exception le législateur par l'édition d'interdiction de négocier et de normes strictement impératives (sur ce point cf. Leçon 8).

§2 : Le champ spatial de la négociation collective

Les interlocuteurs sociaux sont également libres de déterminer l'espace dans lequel ils entendent négocier. La reconnaissance de cette liberté ne va pas de soi tant la loi semble enjoindre les interlocuteurs sociaux à négocier à des niveaux déterminés par les dispositions légales. Ainsi la loi habilite-t-elle ces derniers à négocier au niveau de l'établissement, de l'entreprise, du groupe, de la branche professionnelle, au niveau national interprofessionnel et, depuis plus récemment, au niveau territorial (interprofessionnel ou multiprofessionnel) et au niveau interentreprise.

Remarque

Au **niveau national interprofessionnel** les accords collectifs sont le plus souvent appelés **accord national interprofessionnel** ou ANI.

Au niveau des **branches professionnelles** sont conclus les **conventions collectives de branches et les accords professionnels** étant précisé que selon la loi, "sauf disposition contraire, les termes " convention de branche " désignent la convention collective et les accords de branche, les accords professionnels et les accords interbranches".

Le niveau de **l'entreprise**, strictement entendu, est le lieu de conclusion des accords d'entreprise qui se distingue **du niveau plus décentralisé de l'établissement** lieu de négociation des accords d'établissement et **des niveaux plus centralisés** que sont le niveau du **groupe**, lieu de conclusion des accords de groupe, et le niveau **interentreprise**, lieu de conclusion des accords interentreprises. Mais la négociation collective d'entreprise est aussi entendue au **sens large**, renvoyant à **l'ensemble des niveaux de négociations au sein de l'organisation entrepreneuriale** quelle que soit sa configuration interne. En effet, selon le Code du travail, 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 et de préciser plus loin "l'ensemble des négociations prévues par le présent code au niveau de l'entreprise peuvent être engagées et conclues au niveau du groupe dans les mêmes conditions, sous réserve des adaptations prévues à la présente section".

De fait, par son intervention, l'Etat se fait architecte des relations collectives. La création par la loi du 8 août 2016 d'un nouveau niveau de négociation, le niveau interentreprise, offre une nouvelle illustration du rôle joué par l'Etat, même si rien aujourd'hui ne permet de dire si la négociation à ce niveau existera effectivement un jour. Sans doute l'émergence des réseaux d'entreprise et l'apparition de plateformes numériques le permettront.

Accords interentreprises

Art. [L. 2232-36](#) : « Un accord peut être négocié et conclu au niveau de plusieurs entreprises entre, d'une part, les employeurs et, d'autre part, les organisations syndicales représentatives à l'échelle de l'ensemble des entreprises concernées. »

Art. [L. 2232-37](#) : « La représentativité des organisations syndicales dans le périmètre de cet accord est appréciée conformément aux règles définies aux articles L. 2122-1 à L. 2122-3 relatives à la représentativité syndicale au niveau de l'entreprise, par addition de l'ensemble des suffrages obtenus dans les entreprises ou établissements concernés lors des dernières élections précédant l'ouverture de la première réunion de négociation. »

Art. [L. 2232-38](#) : « La validité d'un accord interentreprises est appréciée conformément aux articles L. 2232-12 et L. 2232-13. Les taux de 30 % et de 50 % mentionnés aux mêmes articles sont appréciés à l'échelle de l'ensemble des entreprises comprises dans le périmètre de cet accord. La consultation des salariés, le cas échéant, est également effectuée dans ce périmètre. »

Signe récent encore du rôle de l'Etat, l'injonction faite aux interlocuteurs sociaux, sous peine d'intervention directe, de réduire le nombre de branches à 200 branches dans un délai de trois ans.

Art. 25 de la loi du 8 août 2016 :

« II - Dans un délai de trois mois à compter de la promulgation de la présente loi :

1° Les organisations professionnelles d'employeurs et les organisations syndicales de salariés représentatives au niveau national et interprofessionnel engagent une négociation sur la méthode permettant d'atteindre, dans un délai de trois ans à compter de la promulgation de la présente loi, l'objectif d'environ deux cents branches professionnelles. Les organisations professionnelles d'employeurs représentatives au niveau national et multi-professionnel sont associées à cette négociation ;

2° Les organisations liées par une convention de branche engagent des négociations en vue d'opérer les rapprochements permettant d'atteindre cet objectif.

III.-Le ministre chargé du travail engage, au plus tard le 31 décembre 2016, la fusion des branches dont le champ d'application géographique est uniquement régional ou local et des branches n'ayant pas conclu d'accord ou d'avenant lors des quinze années précédant la promulgation de la présente loi.

IV.-A l'expiration d'un délai de trois ans à compter de la promulgation de la présente loi, le ministre chargé du travail engage la fusion des branches n'ayant pas conclu d'accord ou d'avenant lors des sept années précédant la promulgation de la présente loi. »

Art. **R. 2261-15** (issu du Décret n° 2016-1540 du 15 novembre 2016 relatif aux critères de priorité des opérations de restructuration des branches professionnelles) - Pour l'application du I de l'article L. 2261-32 du code du travail, le ministre chargé du travail engage en priorité et selon l'un des critères suivants la fusion des branches :

« 1° Comptant moins de 5 000 salariés ;

2° N'ayant pas négocié au cours des trois dernières années sur plusieurs thèmes relevant de la négociation obligatoire mentionnés aux articles L. 2241-1 et suivants, L. 2241-3 et suivants, L. 2241-7 et suivants du code du travail ;

3° Dont le champ d'application géographique est uniquement régional ou local ;

4° Dans lesquelles moins de 5 % des entreprises adhèrent à une organisation professionnelle représentative des employeurs ;

5° Dont la commission paritaire permanente de négociation et d'interprétation ne s'est pas réunie au cours de l'année précédente. »

Toutes ces habilitations peuvent en effet faire douter que les interlocuteurs sociaux puissent décider de négocier à un autre niveau que ceux visés par la loi. La question de cette liberté s'est posée à propos de la négociation de groupe avant qu'elle n'ait été reconnue légalement en 2004.

Avant sa reconnaissance légale en 2004, Mme M.-A. Souriac estimait déjà que l'absence de reconnaissance légale des accords de groupe en 1982 ne signifiait pas que le législateur ait voulu interdire la négociation collective à ce niveau. En réalité, tout dépend de la manière dont est conçue la négociation collective. Si l'on considère que la garantie constitutionnelle de la négociation collective consiste à garantir la liberté de négocier au niveau où l'entendent les interlocuteurs sociaux, alors, le législateur n'aurait pas pu valablement interdire la négociation à ce niveau. Au contraire, envisagée globalement, la garantie constitutionnelle de la négociation collective permettrait au législateur de n'autoriser la négociation qu'à certains niveaux et non à d'autres.

La Cour de cassation se ralliera à la première option dans un arrêt du 30 avril 2003.

Exemple

Cass. soc., 30 avril 2003, Bull. civ. V, n° 155 :

« Des employeurs et des syndicats représentatifs peuvent instituer, par voie d'accord collectif, en vue de négocier des accords portant sur des sujets d'intérêt commun aux personnels des entreprises concernées du groupe, une représentation syndicale de groupe composée de délégués choisis par les organisations syndicales selon des modalités préétablies [...]. »

En savoir plus : Pour approfondir

« Les accords de groupe, quelques difficultés juridiques », *Dr. soc.* 1991, p. 491 ; B. Gauriau, « La consécration jurisprudentielle de la représentation syndicale de groupe et de l'accord de groupe », *Dr. Soc.* 2003, p. 732 ; P. Rodière, « Émergence d'un nouveau cadre de négociation collective : le groupe ? », *S.S.L* 2003, n° 1125, p. 6.

A travers cette décision, la négociation collective de groupe apparaît bien comme une liberté reconnue aux interlocuteurs sociaux. Toutefois, la décision de la Cour de cassation ne permet pas de conclure sur la valeur juridique de cette liberté. La liberté de négocier au niveau du groupe existe-t-elle, parce qu'elle n'est pas

prohibée par la loi, ou bien parce qu'elle est garantie par des normes à valeur constitutionnelle qui s'imposent au législateur.

La question présente un enjeu actuel. Elle réapparaît aujourd'hui à propos de la négociation de site ou interentreprise. Rien n'interdisait avant la loi qu'au sein de réseaux d'entreprises des accords collectifs puissent être conclus et être applicables à l'ensemble des salariés qui y travaillent.

Sur un autre registre, le législateur a entrepris depuis plusieurs années le projet de réduire le nombre de branches professionnelles dans lesquelles sont conclues les conventions collectives de branche. Il prévoit notamment de supprimer les branches professionnelles constituées à un échelon territorial inférieur à celui de l'échelon national. Sans doute pourra-t-on saluer l'objectif de remettre un peu d'ordre dans le paysage conventionnel de branche qui, au fil des décennies, était devenu un puzzle éclaté d'accords de branche parfois devenus désuets. Toutefois, d'aucuns pourraient y voir une restriction excessive apportée à la liberté de négociation collective des interlocuteurs sociaux. Revient-il bien à l'Etat d'impulser une telle entreprise ? Qui a le pouvoir de créer et de supprimer une branche professionnelle ? Sont-ce les acteurs sociaux ? Sont-ce les pouvoirs publics ? La réponse à cette question dépend en réalité de la valeur juridique que l'on accorde à cette liberté et, à supposer qu'il s'agisse d'une liberté à valeur constitutionnelle, des éléments essentiels qui la composent et des restrictions légitimes que l'Etat peut apporter.

Autre domaine dans lequel la question se pose, c'est à l'égard des accords conclus dans les entreprises transnationales. A la fin des années 1990, les entreprises transnationales ont entrepris de conclure des accords collectifs à l'échelle de l'ensemble des pays dans lesquelles elles étaient implantées. Par nature, ces accords échappent à la législation nationale et ne peuvent être conclus conformément aux dispositions légales des différents Etats dans lesquels l'accord est censé s'appliquer. Quelle est la nature juridique de tels accords ? Sont-ils des accords collectifs de travail ? Là encore, la réponse à cette question dépend de la manière dont on conçoit la négociation collective. Soit on estime que ne respectant pas les conditions d'entrée en vigueur définies par la loi ils ne sont pas des accords collectifs de travail et ne sont au mieux que de simples *gentlemen's agreement*. Soit on estime que la liberté de négocier collectivement confère aux interlocuteurs sociaux un pouvoir normatif de telle sorte que les accords conclus par les interlocuteurs sociaux, quel que soit l'espace dans lesquels ont souhaité négocier, sont des accords collectifs revêtant un effet normatif.

Remarque

Sur cette question, J. Dirringer, « L'accord-cadre transnational, outil de structuration de l'entreprise transnationale et de la sa sphère d'influence », *Energie - Environnement - Infrastructures* 2018 - n° 10, accessible sur Lexis 360.

L'enjeu de cette question intéresse aussi l'articulation des accords collectifs conclus aux différents niveaux et de la possibilité qu'un accord limite la liberté de négociation des autres niveaux de négociation (cf. Leçon 9).

Ces différents exemples semblent admettre que le législateur puisse apporter des limitations à la liberté de négocier des interlocuteurs sociaux. Au plan constitutionnel, ces limitations à la liberté des interlocuteurs sociaux, et donc à la liberté syndicale, sont d'autant mieux admises qu'elles apparaissent comme une modalité de mettre en œuvre le principe de participation des travailleurs qui appartient au législateur.

Section 3 : Le droit des salariés à la négociation collective

Pour réaliser le droit des salariés à la négociation collective, le législateur a prévu des obligations de négocier qui imposent à la partie patronale (§1) et à l'employeur (§2) de négocier sur les thèmes définis par la loi.

Ces obligations de négocier résultaient auparavant de normes légales impératives. Désormais, il appartient d'abord aux négociateurs de définir les modalités de cette négociation obligatoire. Pour le reste, la loi a défini un noyau restreint de règles impératives s'imposant aux négociateurs, tandis que le reste des dispositions légales devient supplétif.

Ces règles sont définies dans le Titre IV du Livre II consacré à la négociation collective. On relèvera néanmoins l'existence d'une règle générale énoncée à l'article [L. 2222-3](#) du Code du travail figurant pour sa part dans le titre II intitulé "Objet et contenu des conventions et accords collectifs de travail". Selon cette disposition,

commune aussi bien aux accords de branche qu'aux accords d'entreprise, « ... la convention de branche ou l'accord professionnel définit :

1° Le calendrier des négociations ;

2° les modalités de prise en compte, dans la branche ou l'entreprise, des demandes relatives aux thèmes de négociation émanant d'une ou des organisations syndicales de salariés représentatives. »

§1 : Les obligations de négocier au niveau de la branche

Auparavant, La loi seule définissait les thèmes de la négociation obligatoire et la périodicité de celles-ci. Certains thèmes de négociation étaient ainsi renégociés tous les ans, tandis que d'autres ne sont que tous les trois ans, voire tous les cinq ans. L'obligation peut être renforcée notamment en matière de salaire lorsque les salaires minima de branche passent sous la barre du SMIC. Dans ce cas, il est prévu qu' à défaut d'initiative de la partie patronale dans les trois mois, la négociation s'engage dans les quinze jours suivants la demande d'une organisation syndicale de salariés représentative au sens de l'article [L. 2231-1](#) (C. trav., art. [L. 2241-2-1](#)). La même règle est prévue en matière de négociation sur l'égalité salariale entre hommes et femmes (C. trav., art. [L. 2241-10](#)).

L'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective permet aux interlocuteurs sociaux de la branche de définir les thèmes et la périodicité de leur négociation. Les nouvelles dispositions reprennent en effet le triptyque qui distinguent les dispositions d'ordre public, le champ de la négociation collective et les dispositions supplétives. Ainsi certaines dispositions impératives sont devenues supplétives.

Exemple

A titre d'exemple, l'obligation de renégocier le salaire minimum national professionnel des salariés sans qualification lorsque celui-ci devient inférieur au SMIC figure désormais dans les dispositions supplétives (C. trav., art. [L. 2241-10](#)). Cette règle ne s'appliquera donc qu'en l'absence d'accord de branche fixant le thème, le calendrier et la périodicité des négociations (cf. *infra*). Ce choix peut paraître étonnant alors qu'il s'agissait précisément d'imposer aux négociateurs de négocier afin d'éviter que les salaires minima de branche ne soient inférieurs au minimum légal.

Au titre des dispositions d'ordre public, figurent la liste des thèmes obligatoires et leur périodicité. L'article [L. 2241-1](#) du Code du travail en énumère sept. Les cinq premiers exigent une négociation au moins tous les quatre ans, les deux derniers, une tous les cinq ans.

1. les salaires ;
2. les mesures tendant à assurer l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et sur les mesures de rattrapage tendant à remédier aux inégalités constatées ;
3. Sur les conditions de travail, la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, et sur la prise en compte des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels énumérés à l'article [L. 4161-1](#) ;
4. Sur les mesures tendant à l'insertion professionnelle et au maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés ;
5. Sur les priorités, les objectifs et les moyens de la formation professionnelle des salariés ;
6. Sur l'examen de la nécessité de réviser les classifications ;
7. Sur l'institution d'un ou plusieurs plans d'épargne interentreprises ou plans d'épargne pour la retraite collectifs interentreprises lorsqu'il n'existe aucun accord conclu à ce niveau en la matière.

S'y ajoute au terme de l'article [L. 2241-2](#) le temps partiel dès lors qu'au moins un tiers de l'effectif de la branche professionnelle occupe un emploi à temps partiel.

La loi impose également un principe de loyauté des négociations qui consiste notamment dans l'obligation faite à la partie patronale d'informer les organisations syndicales des éléments de nature à leur permettre de négocier et de répondre de manière motivée aux contrepropositions qu'elles formuleraient.

Art. [L. 2241-3](#) : « Une commission mixte est réunie dans les conditions prévues à l'article [L. 2261-20](#) si la négociation n'a pas été engagée sérieusement et loyalement.

L'engagement sérieux et loyal des négociations impose à la partie patronale de communiquer aux organisations syndicales les informations nécessaires pour leur permettre de négocier en toute connaissance de cause et ait répondu de manière motivée aux éventuelles propositions des organisations syndicales. »

Quelle place est donc laissée aux interlocuteurs sociaux ? Ces derniers peuvent désormais engager, à la demande de l'une d'entre elles, une négociation précisant le calendrier, la périodicité, les thèmes et les modalités de négociation dans la branche ou le secteur professionnel considéré.

L'accord conclu, qui ne peut avoir une durée supérieure à quatre ans, précise :

- Les thèmes des négociations de telle sorte que soient négociés :
- Au moins tous les quatre ans les thèmes mentionnés aux 1° à 5° de l'article L. 2241-1 ;
- Au moins tous les cinq ans les thèmes mentionnés aux 6° et 7° de l'article L. 2241-1 ;
- Le thème mentionné à l'article L. 2241-2 lorsque les conditions mentionnées à cet article sont réunies ;
- La périodicité et le contenu de chacun des thèmes ;
- Le calendrier et les lieux des réunions ;
- Les informations que les organisations professionnelles d'employeurs remettent aux négociateurs sur les thèmes prévus par la négociation qui s'engage et la date de cette remise ;
- Les modalités selon lesquelles sont suivis les engagements souscrits par les parties.

A défaut d'accord, les dispositions supplétives s'appliqueront. C'est à cette place que figure l'essentiel des dispositions antérieures définissant les thèmes de négociations obligatoires annuelles, triennales et quinquennales.

TABLEAU RECAPITULATIF DES NEGOCIATIONS OBLIGATOIRES AU NIVEAU DE LA BRANCHE **NÉGOCIATION ANNUELLE**

Article L. 2241-8	Les salaires. La négociation permet d'examiner également : 1° L'évolution économique, la situation de l'emploi dans la branche, son évolution et les prévisions annuelles ou pluriannuelles établies, notamment pour ce qui concerne les contrats de travail à durée déterminée et les missions de travail temporaire ; 2° Les actions éventuelles de prévention envisagées compte tenu de ces prévisions ; 3° L'évolution des salaires effectifs moyens par catégories professionnelles et par sexe, au regard, le cas échéant, des salaires minima hiérarchiques. Les informations nécessaires à la négociation sont déterminées par voie réglementaire.
Article L. 2241-10	Lorsque le salaire minimum national professionnel des salariés sans qualification est inférieur au SMIC. A défaut d'initiative de la partie patronale dans les trois mois, la négociation s'engage dans les quinze jours suivant la demande d'une organisation syndicale de salariés représentative au sens de l'article L. 2231-1.

NÉGOCIATION TRIENNALE

Art. L. 2241-11	Egalité professionnelle entre les femmes et les hommes
Art. L. 2241-12	Conditions de travail et gestion prévisionnelle des emplois et des compétences

Art. L. 2241-13	Travailleurs handicapés
Art. L. 2241-14	Formation professionnelle et apprentissage
Art. L. 2241-14-1 et L. 2241-14-2	Salariés expérimentés
NÉGOCIATION QUINQUENNALE	
Art. L. 2241-15	Classifications
Art. L. 2241-16	Epargne salariale

§2 : Les obligations de négocier au niveau de l'entreprise

Les obligations de négocier existent également au niveau de l'entreprise ou, parfois, au niveau des établissements ou à l'inverse au niveau du groupe de sociétés.

La reconnaissance des obligations de négocier au niveau de l'entreprise a sans doute constitué un plus grand bouleversement qu'au niveau de la branche. Alors que l'incitation voire l'injonction des pouvoirs publics a toujours existé à l'égard des négociateurs de branche, la possibilité de négocier au niveau de l'entreprise est plus tardive. Rappelons que l'entrée des syndicats dans l'entreprise n'a été admise qu'en 1968, de sorte que, jusqu'à cette date, seul l'employeur disposait véritablement d'un pouvoir normatif dans l'entreprise.

Et une fois rendue possible, la négociation collective est dans un premier temps restée à la discrétion de l'employeur. Il faudra attendre la loi Auroux de novembre 1982 pour que soient imposées des obligations de négocier à la charge de l'employeur. Pour la première fois, le législateur apporte une limite au pouvoir normatif de l'employeur, en suspendant l'exercice de son pouvoir décisionnel au fait d'avoir tenté de négocier avec les syndicats représentatifs dans l'entreprise.

Depuis, les thèmes des négociations obligatoires n'ont pas cessé de grandir au point que certains auteurs évoquent l'idée d'une « négociation administrée ». D'un côté, le développement des obligations de négocier tend à renforcer l'effectivité du droit des salariés à la négociation collective. De l'autre, la négociation d'entreprise devient un instrument de mise en œuvre des politiques sociales, dépossédant d'une certaine manière, les salariés et les syndicats des questions sur lesquelles ils souhaiteraient négocier. Sans en réduire le nombre, la loi relative au dialogue social a ordonné les matières soumises à une obligation de négocier autour de trois grandes thématiques : la rémunération, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée ; l'égalité professionnelle et la qualité de vie au travail ; la gestion de l'emploi et de parcours professionnels.

Là encore, l'ordonnance du 22 septembre 2017 a largement modifié les règles régissant cette obligation, en réagénant les anciennes dispositions légales selon le même triptyque précédemment rappelé. Ainsi quelques dispositions d'ordre public (A) demeurent, visant à encadrer notamment les accords de procédure (B), tandis que l'essentiel des dispositions légales auparavant impératives sont reléguées dans le champ des dispositions supplétives (C).

A - Les dispositions d'ordre public

Il existe quatre séries de règles impératives applicables à la négociation "obligatoire" dans l'entreprise qui sont définies à l'article [L. 2242-1 et suivants](#) du Code du travail.

En premier lieu, la loi fixe une périodicité minimale d'ordre public de quatre ans.

Ainsi, dans toutes les entreprises « **où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives** », l'employeur a l'obligation de négocier sur deux thèmes de négociation au moins tous les quatre ans. Concrètement, cela implique qu'au moins une organisation syndicale représentative au niveau de l'entreprise ait désigné un délégué syndical au niveau de l'entreprise ([Cass. soc., 11 septembre 2024, n° 23-14.333](#), à propos de l'obligation de négocier en matière de GEPP).

Ces deux thèmes sont :

- la rémunération, notamment les salaires effectifs, le temps de travail et le 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.

Par ailleurs, concernant les entreprises et les groupes d'au moins 300 salariés, l'employeur a également l'obligation d'entamer une négociation sur la gestion des emplois et des parcours professionnels qui, elle aussi, doit avoir lieu au moins tous les quatre ans. A la suite de la loi n° 2025-989 du 24 octobre 2025, les mêmes entreprises et groupes ont l'obligation d'ouvrir négociation sur l'emploi, le travail et l'amélioration des conditions de travail des salariés expérimentés, en considération de leur âge (C. trav., art. [L. 2242-2-1](#)).

Remarque

NB : Le seuil de 300 salariés est porté à 150 concernant les entreprises et les groupes de dimension communautaire

En deuxième lieu, le législateur a souhaité fixé quelques règles impératives en matière d'égalité professionnelle. Ainsi, en l'absence d'accord sur l'égalité professionnelle, l'employeur a dans tous les cas l'obligation d'élaborer un plan d'action unilatéral destiné à assurer l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. L'article [L. 2242-3](#) définit le contenu obligatoire de ce plan d'action. De même, les accords collectifs d'entreprise sur les salaires effectifs ne peuvent être déposés auprès de l'autorité administrative, dans les conditions prévues à l'article [L. 2231-6](#), qu'accompagnés 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.

En troisième lieu, le législateur fixe certaines règles quant au déroulement des négociations.

- *Primo*, l'employeur ne peut, sauf urgence, adopter des mesures unilatérales pendant les négociations
- *Secundo*, à l'issue des négociations, si aucun accord n'a été conclu, un procès-verbal de désaccord est établi consignait , en leur dernier état, les propositions respectives des parties et les mesures que l'employeur entend appliquer unilatéralement.
- *Tertio*, 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.

En quatrième et dernier lieu, les dispositions d'ordre public définissent les pénalités financières encourues par l'employeur en cas de manquement à son obligation de négocier. D'une part, l'ordonnance de septembre 2017 reprend à son compte la pénalité créée par la loi Rebsamen à l'encontre de l'employeur qui n'a pas respecté son obligation de négocier portant sur la rémunération, notamment les salaires effectifs, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée dans l'entreprise. Cette pénalité est plafonnée à un montant équivalent à 10 % des exonérations de cotisations sociales que l'employeur doit verser chaque année. Et si au moins un manquement relatif à cette obligation a été constaté lors d'un précédent contrôle au cours des six années civiles précédentes, la pénalité est plafonnée à un montant équivalent à 100 % des exonérations de cotisations sociales. D'autre part, en matière d'égalité professionnelle, est réaffirmée la pénalité équivalant à 1 % de la masse salariale en cas de non-conformité de l'accord ou du plan d'action aux dispositions légales. L'ordonnance crée une procédure de rescrit permettant à l'employeur de demander à l'autorité administrative chargée du contrôle de la conformité de l'accord de vérifier cette conformité avant tout contrôle.

Toujours à propos des sanctions, il convient également d'évoquer les sanctions pénales prévues par l'article [L. 2243-1](#) du Code du travail en cas de violation de l'employeur à ses obligations de négocier. Le législateur punit le manquement à l'obligation relative à la convocation des parties à la négociation et à l'obligation périodique de négocier d'une peine d'amende de 3750 euros et d'un an d'emprisonnement, ainsi que le fait de se soustraire aux obligations prévues aux articles [L. 2242-1](#) et [L. 2242-20](#).

Remarque

Il y a tout lieu de penser que le législateur a oublié, au fil des nombreuses réformes, de modifier l'article [L. 2243-1](#) du Code du travail.

Ainsi, à la suite de la loi du 17 août 2015, étaient punis :

1. le manquement aux obligations de négocier, qu'elles soient annuelles ou triennales ;
2. le manquement à l'obligation de prévoir des mesures en matière d'égalité professionnelle que ce soit par voie conventionnelle ou par voie unilatérale.

A la suite de la loi du 8 août 2016, l'article [L. 2242-20](#) a été modifié, mais pas les dispositions de l'article L. 2243-1. Dès lors la sanction pénale visait la faculté d'adapter par accord collectif la périodicité des négociations obligatoires. Sans doute n'était-ce pas volontaire, mais après tout cela permettait de sanctionner pénalement les manquements de l'employeur aux obligations de négocier résultant de l'application de l'accord de procédure.

L'ordonnance du 22 septembre 2017 n'a pas non plus modifié l'article L. 2243-1, mais a modifié non seulement la teneur de l'article [L. 2242-1](#) mais encore celle de l'article L. 2242-20. Le premier article figure désormais dans les dispositions d'ordre public. Il ne vise que les négociations sur la rémunération, notamment les salaires effectifs, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée dans l'entreprise et 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. En revanche, il n'y est plus fait mention de la négociation sur la gestion de l'emploi et des parcours professionnels qui, quant à elle, a été renvoyée à l'article L. 2242-2.

Le second article, l'article L. 2242-20, contient quant à lui les règles supplétives applicables à la négociation sur la gestion de l'emploi et des parcours professionnels.

L'interprétation stricte de la loi pénale implique-t-elle que la sanction pénale n'est encourue qu'en cas de manquement aux dispositions légales supplétives ? Et par suite, aucune sanction pénale ne serait plus à craindre par l'employeur dès lors qu'il aura conclu un accord de procédure déterminant les modalités et le contenu de la négociation relative à la gestion d'emploi et des parcours professionnels ?

B - Les accords de procédure

La loi de 2016 la première, et dorénavant l'ordonnance du 22 septembre 2017 ont ouvert à la négociation collective les règles qui régissent les négociations collectives obligatoires dans l'entreprise.

Ainsi les articles [L. 2242-10 et suivants](#) du code du travail définissent le champ ouvert à la négociation d'un accord de procédure dont l'objet est d'encadrer les futures négociations dites obligatoires.

Un accord de procédure (ou encore appelé accord de méthode) a pour objet l'encadrement d'un ou de plusieurs processus décisionnels. Ainsi peut-il définir les modalités selon lesquelles doivent avoir lieu ou bien les procédures d'information-consultation ou bien les procédures de négociation. Le but de ces accords serait de "sécuriser" les processus dans l'entreprise en fixant au préalable les règles de la discussion entre les différents protagonistes.

L'article L. 2242-10 définit l'objet de l'accord. Celui-ci a vocation à définir le calendrier, la périodicité, les thèmes et les modalités de négociation dans le groupe, l'entreprise ou l'établissement. De manière plus précise, l'article [L. 2242-11](#) précise le contenu de l'accord de procédure, à savoir :

« 1° Les thèmes des négociations de telle sorte qu'au moins tous les quatre ans soient négociés les thèmes mentionnés aux 1° et 2° de l'article L. 2242-1 ;

2° La périodicité et le contenu de chacun des thèmes ;

3° Le calendrier et les lieux des réunions ;

4° Les informations que l'employeur remet aux négociateurs sur les thèmes prévus par la négociation qui s'engage et la date de cette remise ;

5° Les modalités selon lesquelles sont suivis les engagements souscrits par les parties. »

La durée d'un tel accord ne peut excéder quatre ans ce qui correspond à la périodicité minimale d'ordre public des négociations obligatoires.

Il s'agit d'un accord collectif de droit commun. Il est donc conclu par les organisations syndicales représentatives selon les conditions définies par l'article L. 2232-12 du Code du travail.

Lorsqu'un tel accord est conclu, à condition qu'il respecte les règles d'ordre public, c'est lui, et uniquement lui, qui a vocation à régir quels sont les thèmes de négociation obligatoires et leur périodicité.

Autrement dit lorsqu'un tel accord est conclu, les organisations syndicales représentatives ne peuvent plus demander à appliquer les règles supplétives. Il conviendra donc d'être particulièrement attentif à ce que des questions importantes relevant de tel ou tel thème de négociation ne soient pas écartées. Au demeurant, le fait d'avoir basculé certaines normes légales dans le champ des normes supplétives n'est pas sans poser quelques difficultés d'interprétation.

Exemple

Qu'en sera-t-il par exemple lorsqu'un accord de procédure, définissant le contenu de la négociation sur l'égalité professionnelle et la qualité de vie au travail, aura écarté, de manière expresse ou tacite, la question du droit à la déconnexion visée à l'article L. 2242-17 7°) ? Le caractère supplétif de cette disposition implique que l'employeur est libéré de son obligation de négocier sur cette question qui n'est pas prévue par l'accord de procédure. Pis encore. Si l'article L. 2242-17 est une disposition supplétive, qui ne s'applique donc qu'à défaut d'un accord de procédure, faut-il donc écarter la règle énoncée à l'article L. 2242-17 7°) selon laquelle « à défaut d'accord, l'employeur élabore une charte, après avis du comité social et économique. Cette charte définit ces modalités de l'exercice du droit à la déconnexion et prévoit en outre la mise en œuvre, à destination des salariés et du personnel d'encadrement et de direction, d'actions de formation et de sensibilisation à un usage raisonnable des outils numériques » ? Une réponse positive doit être apportée si l'on donne à la supplétivité tout son sens. Mais peut-être les juges décideront-ils que l'accord de procédure ne peut avoir pour effet de priver les salariés du droit à la déconnexion consacré par le législateur.

C - Les dispositions supplétives

Depuis 2015, le législateur a réagencé les négociations collectives obligatoires autour de trois grands thèmes dont le contenu précis figure désormais au sein des dispositions légales supplétives énoncées aux articles [L. 2242-13 et suivants](#) du Code du travail.

Quels sont les thèmes de négociation obligatoires, leur périodicité et leur contenu ? (1) Selon quelles modalités se déroulent-elles ? (2) Et enfin à quel niveau doivent-elles avoir lieu ? (3)

1. Les thèmes, le contenu et les périodicités des négociations obligatoires fixés par la loi

Dans les entreprises de plus de 50 salariés dans lesquelles a été désigné un délégué syndical, l'employeur a l'obligation de négocier annuellement sur :

- Négociation sur la rémunération, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée (C. trav., art. [L. 2242-15](#)).
- La négociation annuelle sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail (C. trav., art. [L. 2242-17](#)).
- Dans toutes les entreprises dans lesquelles a été désigné un délégué syndical ou les groupes d'entreprises, dont l'effectif a atteint 300 salariés, l'employeur a l'obligation de négocier tous les trois ans sur la gestion des emplois et des parcours professionnels (C. trav., art. [L. 2242-20](#)).
- Dans toutes les entreprises dans lesquelles a été désigné un délégué syndical ou les groupes d'entreprises, dont l'effectif a atteint 300 salariés, l'employeur ouvre une négociation sur l'emploi, le travail et l'amélioration des conditions de travail des salariés expérimentés, en considération de leur âge.

Chacune de ces thématiques est détaillée et la loi liste les matières devant faire l'objet de la négociation.

Négociation sur la rémunération, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée :

- Les salaires effectifs ;

- La durée effective et l'organisation du temps de travail, notamment la mise en place du travail à temps partiel. Dans ce cadre, la négociation peut également porter sur la réduction du temps de travail ;
- L'intéressement, la participation et l'épargne salariale, à défaut d'accord d'intéressement, d'accord de participation, de plan d'épargne d'entreprise, de plan d'épargne pour la mise à la retraite collectif ou d'accord de branche comportant un ou plusieurs de ces dispositifs ; Le suivi de la mise en œuvre des mesures visant à supprimer les écarts de rémunération et les différences de déroulement de carrière entre les femmes et les hommes.
- Le suivi de la mise en œuvre des mesures visant à supprimer les écarts de rémunération et les différences de déroulement de carrière entre les femmes et les hommes.

La négociation annuelle sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail (accord dits QVT) :

Remarque

La négociation sur la qualité de vie au travail a pour origine un ANI conclu le 19 juin 2013. Les interlocuteurs sociaux avaient pour ambition de mettre en place une négociation globale pour saisir ensemble les différents aspects de la relation de travail dans le but d'améliorer la « qualité de vie au travail ». Le législateur a, dans un premier temps et à titre expérimental (dans la loi du 5 mars 2014), autorisé les interlocuteurs sociaux à négocier les matières soumises à l'obligation de négocier dans le cadre d'une même négociation. Finalement la loi relative au dialogue social retient une solution d'entre-deux. Elle érige cette thématique en une nouvelle négociation obligatoire.

- L'articulation entre la vie personnelle et la vie professionnelle pour les salariés ;
- Les objectifs et les mesures permettant d'atteindre l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, notamment en matière de suppression des écarts de rémunération, d'accès à l'emploi, de formation professionnelle, de déroulement de carrière et de promotion professionnelle, de conditions de travail et d'emploi, en particulier pour les salariés à temps partiel, et de mixité des emplois. Cette négociation s'appuie sur les données mentionnées au 1° bis de l'article L. 2323-8 ;
- Les mesures permettant de lutter contre toute discrimination en matière de recrutement, d'emploi et d'accès à la formation professionnelle ;
- Les mesures relatives à l'insertion professionnelle et au maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés, notamment les conditions d'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, les conditions de travail et d'emploi et les actions de sensibilisation de l'ensemble du personnel au handicap ;
- Les modalités de définition d'un régime de prévoyance et, dans des conditions au moins aussi favorables que celles prévues à l'article L. 911-7 du Code de la sécurité sociale, d'un régime de remboursements complémentaires de frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident, à défaut de couverture par un accord de branche ou un accord d'entreprise ;
- L'exercice du droit d'expression directe et collective des salariés.
- Les modalités du plein exercice par le salarié de son droit à la déconnexion et la mise en place par l'entreprise de dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques, en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congé ainsi que de la vie personnelle et familiale. A défaut d'accord, l'employeur élabore une charte, après avis du comité social et économique. Cette charte définit ces modalités de l'exercice du droit à la déconnexion et prévoit en outre la mise en œuvre, à destination des salariés et du personnel d'encadrement et de direction, d'actions de formation et de sensibilisation à un usage raisonnable des outils numériques.

De manière facultative :

- L'accord sur la prévention des risques professionnels et de la pénibilité (L' accord en faveur de la prévention de la pénibilité (anc. art. L. 4163-3) est remplacé à compter du 1^{er} janvier 2019 par l'accord en faveur de la prévention des effets de l'exposition à certains facteurs de risques professionnels et est défini à l'article L. 4162-1 du Code du travail issu de l'ordonnance n° 2017-1389 du 22 septembre 2017 relative à la prévention et à la prise en compte des effets de l'exposition à certains facteurs de risques professionnels et au compte professionnel de prévention)

Remarque

N.B :

1. Les dispositions relatives aux accords sur la prévention des risques professionnels régis par l'article [L. 4162-1](#) sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2019 ;
2. Dans les entreprises d'au moins 50 salariés dont le taux de sinistralité atteint 0.25 et/ou qu'au moins un quart des salariés déclarés est exposés au titre du dispositif mentionné à l'article L. 4163-1 à l'obligation d'ouvrir une négociation en faveur de la prévention des effets de l'exposition à certains facteurs de risques professionnels. Les interlocuteurs sociaux peuvent décider de négocier cette question dans le cadre de l'accord QVT ou bien de manière distincte.

Sur la gestion des emplois et des parcours professionnels :

- La mise en place d'un dispositif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, ainsi que sur les mesures d'accompagnement susceptibles de lui être associées, en particulier en matière de formation, d'abondement du compte personnel de formation, de validation des acquis de l'expérience, de bilan de compétences ainsi que d'accompagnement de la mobilité professionnelle et géographique des salariés autres que celles prévues dans le cadre de l'article [L. 2254-2](#) ;
- Les grandes orientations à trois ans de la formation professionnelle dans l'entreprise et les objectifs du plan de formation, en particulier les catégories de salariés et d'emplois auxquels ce dernier est consacré en priorité, les compétences et qualifications à acquérir pour la période de validité de l'accord ainsi que les critères et modalités d'abondement par l'employeur du compte personnel de formation ;
- Les perspectives de recours par l'employeur aux différents contrats de travail, au travail à temps partiel et aux stages, ainsi que les moyens mis en œuvre pour diminuer le recours aux emplois précaires dans l'entreprise au profit des contrats à durée indéterminée ;
- Les conditions dans lesquelles les entreprises sous-traitantes sont informées des orientations stratégiques de l'entreprise ayant un effet sur leurs métiers, l'emploi et les compétences ;
- Le déroulement de carrière des salariés exerçant des responsabilités syndicales et l'exercice de leurs fonctions.

De manière facultative :

- 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 ;
- la conclusion d'un accord de méthode applicable à la procédure des « grands » licenciements pour motif économique défini aux articles [L. 1233-21](#) et [L. 1233-22](#) ;
- la qualification des catégories d'emplois menacés par les évolutions économiques ou technologiques ;
- les modalités de l'association des entreprises sous-traitantes au dispositif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences de l'entreprise ;
- les conditions dans lesquelles l'entreprise participe aux actions de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences mises en œuvre à l'échelle des territoires où elle est implantée ;
- la mise en place de congés de mobilités dans les conditions prévues par les articles [L. 1237-18](#) et suivants ;
- la formation et l'insertion durable des jeunes dans l'emploi, l'emploi des salariés âgés et la transmission des savoirs et des compétences (anciennement le contrat génération), les perspectives de développement de l'alternance, ainsi que les modalités d'accueil des alternants et des stagiaires et l'amélioration des conditions de travail des salariés âgés ;
- sur les modalités d'organisation des périodes de reconversion externe, prévues à l'article [L. 6324-9](#). L'accord conclu sur ce thème dans le cadre du présent article vaut conclusion de l'accord mentionné à l'article L. 6324-9.

Salariés expérimentés :

- La négociation s'appuie sur un diagnostic ;
- La négociation porte sur les mêmes thèmes que ceux prévus dans le cadre de la négociation collective de branche à l'article [L. 2241-14-1](#), c'est à dire
 1. Le recrutement de ces salariés ;
 2. Leur maintien dans l'emploi ;
 3. L'aménagement des fins de carrière, en particulier les modalités d'accompagnement à la retraite progressive ou au temps partiel ;

4. La transmission de leurs savoirs et de leurs compétences, en particulier les missions de mentorat, de tutorat et de mécénat de compétences.
- Elle peut, de manière facultative, porter sur ceux prévus aussi de manière facultative au niveau de la branche professionnelle, c'est à dire
 1. Le développement des compétences et l'accès à la formation ;
 2. Les effets des transformations technologiques et environnementales sur les métiers ;
 3. Les modalités de management du personnel ;
 4. Les modalités d'écoute, d'accompagnement et d'encadrement de ces salariés ;
 5. La santé au travail et la prévention des risques professionnels ;
 6. L'organisation du travail et les conditions de travail.
 - Dans ce cadre, l'employeur examine les possibilités de mobilisation du fonds d'investissement dans la prévention de l'usure professionnelle (plus généralement appelé « FIPU »).

Remarque

Il convient de souligner qu'il existe deux autres thèmes de négociation obligatoires qui concernent certaines entreprises uniquement. Il s'agit d'une part de l'obligation de négocier sur la prise en compte des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnel régie par l'article L. 4161-2 du Code du travail et d'autre part de l'obligation de négocier les modalités d'organisation des périodes de reconversion externe, prévue à l'article [L. 6324-9](#) « *dès lors qu'au moins 10 % de l'effectif de l'entreprise a vocation à bénéficier d'une période de reconversion externe sur une période de douze mois à compter de la date de début de la négociation* ».

2. Les modalités de déroulement de la négociation

L'initiative des négociations appartient en principe à l'employeur. Il lui appartient en effet de convoquer l'ensemble des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise.

Remarque

NB : Le manquement à cette règle est sanctionné par la nullité de l'accord.

A défaut d'une initiative de l'employeur depuis plus de douze mois, pour chacune des deux négociations annuelles, et depuis plus de trente-six mois, pour la négociation triennale, suivant la précédente négociation, cette négociation s'engage obligatoirement à la demande d'une organisation syndicale représentative.

- 1^{er} temps : La demande de négociation formulée par l'organisation syndicale est transmise dans les huit jours par l'employeur aux autres organisations représentatives.
- 2nd temps : Dans les quinze jours qui suivent la demande formulée par une organisation syndicale, l'employeur convoque les parties à la négociation.

Lors de la première réunion sont précisés :

1. Le lieu et le calendrier de la ou des réunions ;
2. Les informations que l'employeur remettra aux délégués syndicaux et aux salariés composant la délégation sur les thèmes prévus par la négociation qui s'engage et la date de cette remise.

Remarque

La [BDESE](#) peut être le canal de transmission des informations dans la mesure où, rappelons-le, les délégués syndicaux y ont également accès.

Pour rappel, dans le cadre de la négociation sur les salaires, ces règles sont d'ordre public. L'article [L. 2242-6](#) du Code du travail dispose en effet que 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. En outre, indépendamment de l'accord de procédure visé à l'article [L. 2242-11](#), un accord peut de manière générale « *définir la méthode permettant à la négociation de s'accomplir dans des conditions de loyauté et de confiance mutuelle entre les parties* » (C. trav.,

art. L. 2222-3-1). Cette convention ou cet accord précise alors la nature des informations partagées entre les négociateurs, notamment, au niveau de l'entreprise, en s'appuyant sur la base de données définie à l'article L. 2323-8. Cette convention ou cet accord définit les principales étapes du déroulement des négociations et peut prévoir des moyens supplémentaires ou spécifiques, notamment s'agissant du volume de crédits d'heures des représentants syndicaux ou des modalités de recours à l'expertise, afin d'assurer le bon déroulement de l'une ou de plusieurs des négociations prévues. In fine, l'article L. 2222-3-1 dispose que : « *sauf si la convention ou l'accord en stipule autrement, la méconnaissance de ses stipulations n'est pas de nature à entraîner la nullité des accords conclus dès lors qu'est respecté le principe de loyauté entre les parties.* »

En savoir plus : Sur le déroulement des procédures de négociation dans l'entreprise
Cf. aussi *infra* Leçon 10.

3. Le ou les niveaux de négociation

En principe, et comme le suggère clairement le Code du travail, la négociation obligatoire se déroule au niveau de l'entreprise.

Cependant, la possibilité désormais de négocier les modalités de la négociation collective obligatoire permet aux interlocuteurs sociaux de définir par un accord collectif de travail les niveaux où se dérouleront les négociations collectives obligatoires.

De plus, et à la condition qu'aucun délégué syndical ne s'y soit opposé, il est possible que les négociations aient lieu au niveau des établissements distincts.

Exemple

Cass. soc., 12 juillet 2016, 14-25.794 : « *Mais attendu qu'en principe, la négociation annuelle doit être engagée au niveau de l'entreprise, et que l'employeur ne peut exercer la faculté de l'engager par établissement ou par groupe d'établissements qu'autant qu'aucune des organisations syndicales représentatives dans l'établissement ou le groupe d'établissements où la négociation doit s'ouvrir ne s'y oppose.* ». V. aussi Cass. soc., 4 mars 1990, n° 88-14-794.

Pour la chambre criminelle de la Cour de cassation, la possibilité d'ouvrir les négociations obligatoires au niveau des établissements plutôt qu'au niveau de l'entreprise tout entière n'est admise « *qu'à la condition de le faire dans tous les établissements ou groupes d'établissements avec les seuls représentants desdites organisations* » (Cass. crim., 4 décembre 1990, n° 89-83.283).

Ces conditions s'imposent à l'employeur que pour autant qu'il n'existe pas d'accord de procédure ayant défini les périmètres des négociations collectives obligatoires. La Cour de cassation a eu l'occasion de le préciser très clairement. Ainsi a-t-elle rejeté le pourvoi d'une fédération syndicale qui invoquait la règle jurisprudentielle de 2016 pour s'opposer à ce que les négociations collectives aient lieu dans les périmètres qui avaient été définis par un accord d'entreprise dont elle n'était pas signataire. Son argument est rejeté : constatant que l'accord avait valablement conclu et considérant qu'il est désormais possible de modifier les modalités de la négociation collective obligatoire par voie d'accord collectif, les juges ont estimé qu'un tel accord était applicable et opposable à l'ensemble des organisations syndicales, qu'elles soient signataires ou non de l'accord. Par conséquent, la négociation pouvait s'ouvrir dans les périmètres conventionnellement définis.

Cass. soc., 3 avril 2024, n° 22-15784 :

« 10. Il en résulte qu'un accord collectif négocié et signé aux conditions de droit commun peut définir, dans les entreprises comportant des établissements distincts, les niveaux auxquels la négociation obligatoire visée à l'article L. 2242-1 du code du travail est conduite.

11. En l'espèce, l'arrêt retient que l'accord collectif du 16 décembre 2019, intitulé « accord de méthode sur la négociation des statuts collectifs au sein de la société Spie industrie et tertiaire », lequel a expressément pour objet de déterminer « les modalités de négociation des accords collectifs de la société », identifie, en son article 1er relatif aux niveaux et périmètres des négociations, trois périmètres, en l'occurrence les périmètres tertiaire,

industrie et centre de services partagés, la négociation portant pour chacun d'eux sur les statuts collectifs applicables aux salariés des établissements relevant de la division concernée et rattachés à leurs différents comités sociaux et économiques. »

Ajoutons encore qu'il est désormais possible que les négociations obligatoires se tiennent au niveau du groupe de société. Dans ce cas, les entreprises du groupe sont réputées avoir satisfaire à leur obligation de négocier.

Article [L. 2232-33](#) :

« L'ensemble des négociations prévues par le présent code au niveau de l'entreprise peuvent être engagées et conclues au niveau du groupe dans les mêmes conditions, sous réserve des adaptations prévues à la présente section.

Lorsqu'un accord sur la méthode prévu à l'article L. 2222-3-1 conclu au niveau du groupe le prévoit, l'engagement à ce niveau de l'une des négociations obligatoires prévues au chapitre II du titre IV du présent livre dispense les entreprises appartenant à ce groupe d'engager elles-mêmes cette négociation. L'accord sur la méthode définit les thèmes pour lesquels le présent article est applicable.

Les entreprises sont également dispensées d'engager une négociation obligatoire prévue au chapitre II du titre IV du présent livre lorsqu'un accord portant sur le même thème a été conclu au niveau du groupe et remplit les conditions prévues par la loi. »

En savoir plus : Sur l'articulation des procédures de négociation et des accords collectifs au sein des organisations entrepreneuriales

Cf. aussi infra Leçon 8, et 10.

Titre II - L'insertion des conventions et accords collectifs dans la hiérarchie des normes

Le pouvoir normatif des interlocuteurs sociaux entre donc en concours avec le pouvoir du législateur. C'est la loi qui en France a donné aux interlocuteurs sociaux leur pouvoir normatif, qui en a défini l'étendue et les limites.

Si l'on se place du point de vue de l'État et de l'ordre juridique étatique, les conventions collectives n'existent qu'en raison d'une habilitation législative bénéficiant aux interlocuteurs sociaux situés à tous les niveaux, national interprofessionnel, de la branche, du groupe, de l'entreprise, de l'établissement. Autrement dit, il existe entre la loi et la négociation collective un rapport hiérarchique de type vertical.

Il en résulte qu'il n'existe pas en France, à la différence de l'Allemagne par exemple (dont la Constitution garantit l'autonomie tarifaire), un domaine de compétence réservée à la négociation collective et qui commanderait au législateur de s'abstenir de toute intervention. Législateur et interlocuteurs sociaux interviennent de manière complémentaire pour régir les relations de travail et plus largement le droit social (section 1). Par ailleurs, et toujours du point de vue de l'État, le pouvoir normatif des interlocuteurs sociaux est délégué par la loi, conduisant le législateur à définir le champ de la négociation collective et à imposer aux interlocuteurs sociaux de respecter l'ordre public. Cependant, la loi ne saurait remettre en cause la liberté de négocier collectivement de sorte que l'ordre public en droit du travail définit un rapport particulier entre la loi et l'accord collectif. C'est en ce sens qu'il existe un ordre public particulier, un ordre public au sens du droit du travail (section 2). Malgré la persistance de l'ordre public, on assiste depuis plusieurs décennies à un essor de la négociation collective qui tend à s'émanciper par rapport à la loi. Impulsé par le législateur lui-même, l'essor de la négociation collective s'est traduit par la multiplication des dérogations à la loi, voire des habilitations renvoyant à la négociation collective le soin de mettre en œuvre des dispositions légales, leur confiant un véritable pouvoir réglementaire (section 3).

Section 1 : La place de la négociation collective dans l'ordre juridique étatique français

La volonté des pouvoirs publics de promouvoir la négociation collective est ancienne. Outre l'attachement à l'autonomie des relations professionnelles, cette promotion tient originellement aux vertus pacificatrices attribuées à la négociation collective.

Aujourd'hui la négociation collective apparaît sous un vocable nouveau, celui de promotion du dialogue social ou de rénovation de la démocratie sociale. Ces expressions traduisent deux idées. D'abord, derrière le dialogue social et la démocratie sociale, il s'agit de plaider pour un recul de la législation étatique, au profit de normes négociées : la loi se voit ainsi concurrencée en amont par la négociation qui lui dicte son contenu et en aval où la norme négociée est de plus en plus autorisée à écarter la norme légale. Ensuite, il s'agit de faire entendre que la norme sociale la plus légitime est celle qui est édictée au plus près des préoccupations des salariés et des employeurs, c'est-à-dire au niveau de l'entreprise.

Ces deux préoccupations expliquent les évolutions subies par le droit de la négociation collective. Dans un premier temps, l'État a promu la négociation collective au niveau professionnel ; plus récemment et dans un second temps, c'est la négociation d'entreprise qui a sa faveur, prétendant adapter les normes sociales au contexte économique et social et aux impératifs que connaissent les entreprises. Elles s'expriment plus vivement depuis l'adoption de la Position commune du 16 juillet 2001, reprise en large partie par la loi du 4 mai 2004.

La prétention d'avoir un droit du travail plus contractuel et élaboré au plus près des salariés et des employeurs n'est pas sans imposer au législateur de devoir prendre quelques précautions et offrir quelques garanties indispensables dans un État de droit. Cette exigence oblige l'État à intervenir ne serait-ce que pour garantir les droits fondamentaux des individus. Ainsi, pour réaliser cette décentralisation du droit du travail et pour imposer aux salariés individuellement les choix collectifs décidés au nom de la compétitivité des entreprises et de la sauvegarde de l'emploi, l'État doit intervenir pour habiliter les interlocuteurs sociaux tout en garantissant aux salariés leurs droits fondamentaux. D'où un maillage de plus en plus complexe en droit étatique et normes conventionnelles. La promotion de la négociation collective aux différentes échelles constitue indéniablement un facteur de complexité du droit du travail.

Deux principes directeurs permettent d'appréhender ces mutations : un principe de proximité et un principe de légitimité, deux principes qui vont se conjuguer pour permettre une décentralisation et une contractualisation du droit du travail.

Au demeurant, on pourrait se demander si le principe de la liberté de négociation collective et le principe de participation s'imposent au législateur en ce sens que ce dernier ne puisse pas intervenir dans les domaines relevant du champ de la négociation collective. La réponse est négative. **Premièrement**, la Constitution ne définit pas de champ réservé à la négociation collective. Autrement dit, il n'y a pas de répartition horizontale des compétences entre la négociation collective et la loi qui obligerait le législateur à s'abstenir d'intervenir pour ne pas empiéter sur la compétence des interlocuteurs sociaux. **Deuxièmement**, la participation des interlocuteurs sociaux à l'élaboration et à la mise en œuvre de la loi n'est pas prévue par la Constitution. Selon le Conseil constitutionnel « *aucun principe constitutionnel n'oblige le législateur à faire précéder l'élaboration de la loi portant détermination des principes fondamentaux du droit du travail, d'une concertation entre les interlocuteurs sociaux* » (Déc. 98-401 DC du 10 juin 1998. *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*. Rec. p. 258). En d'autres termes, tout dépend de la volonté du législateur. Or, et de plus en plus, celui-ci cherche à faire intervenir les interlocuteurs sociaux, non seulement en amont de l'adoption de la loi, mais encore en aval, au stade de la mise en œuvre.

§1 : La participation des interlocuteurs sociaux en amont de la loi

Jusqu'à la loi du 31 janvier 2007, l'intervention des interlocuteurs sociaux en amont de l'élaboration de la loi ne constituait qu'une faculté laissée à l'appréciation du gouvernement, auteur du projet de loi. L'histoire du droit du travail est jalonnée d'exemples de « lois négociées » que l'on nomme encore « négociations légiférantes ». Il s'agit d'un phénomène ancien qui caractérise la manière dont fonctionne la démocratie sociale en France et les rapports entre États et interlocuteurs sociaux. Songeons ainsi aux Accords de Matignon qui a débouché sur la loi de 1936 ou aux accords de Grenelle transposés dans la loi de 1968.

Le Conseil constitutionnel a néanmoins considéré que le gouvernement pouvait faire précéder le dépôt d'un projet de loi d'une négociation sans méconnaître les exigences de l'article 39 de la Constitution qui réserve l'initiative des lois au Gouvernement ou au Parlement (Déc. n° 98-401 DC du 10 juin 1998, Loi sur les trente-cinq heures I, considérants 5 et 6).

Depuis la loi de 2007, l'article L. 1 du Code du travail exige une concertation préalable.

Art. [L. 1](#) du Code du travail :

« *Tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte que **les relations individuelles et collectives du travail**, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale interprofessionnelle font l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national interprofessionnel en vue de l'ouverture d'une éventuelle négociation.* »

Cette disposition évoque uniquement les projets de loi relatifs aux relations individuelles et collectives de travail relevant du champ de la négociation nationale interprofessionnelle. L'objet des projets de loi renvoie assurément à la partition du Code du travail, dont les deux premières parties sont consacrées, respectivement,

aux relations individuelles et aux relations collectives. Par ailleurs, l'objet des projets de loi doit relever du champ de la négociation nationale interprofessionnelle, qui, suivant l'article [L. 2221-1](#) du Code du travail, est défini en référence à l'ensemble des conditions de travail. Autrement dit, l'objet des projets de loi relatifs aux relations de travail et le champ de la négociation nationale interprofessionnelle concordent. L'absence de référence explicite à l'article L. 2221-1 du Code du travail ne laisse apparaître que celle aux relations individuelles et collectives de travail. Seules les garanties sociales seraient exclues : notamment tout ce qui concerne la protection sociale et en particulier ce qui touche aux retraites.

Citons quelques exemples récents de lois adoptées après qu'un accord national interprofessionnel a été conclu entre les syndicats et les organisations patronales.

- la loi sur la modernisation du marché du travail de juin 2008 ;
- la loi du 20 août 2008 fait suite à la conclusion de la Position commune du 9 avril 2008 par le MEDEF, la CFDT et la CGT même si celle-ci n'a pas la valeur d'un accord collectif de travail ;
- la loi de sécurisation de l'emploi de juin 2013 ;
- la loi relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale de mars 2014 ;
- La loi du 2 août 2021 pour renforcer la prévention de la santé au travail ;
- la loi du 24 octobre 2025 portant transposition des accords nationaux interprofessionnels en faveur de l'emploi des salariés expérimentés et relatif à l'évolution du dialogue social.

Ensuite, l'article L. 1 évoque une **concertation** ce qui ne signifie pas nécessairement **négociation collective**, ni que cette négociation aboutisse à la conclusion d'un accord collectif. Ainsi, il arrive que le Gouvernement invite les interlocuteurs sociaux à négocier, mais cela n'est pas toujours le cas.

De plus, il ne s'agit que d'une obligation légale qui n'est pas imposée ni au titre de la liberté syndicale ni au titre du principe constitutionnel de participation des travailleurs.

En mars 2013, une [proposition de loi constitutionnelle](#) a été déposée suggérant d'insérer dans la Constitution un article 51-3. Selon cet article :

« Tout projet de loi ou d'ordonnance ou toute proposition de loi qui procède à une réforme en matière de relations individuelles et collectives du travail, d'emploi ou de formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle ne peut, sauf en cas d'urgence, être délibéré en conseil des ministres ou inscrite à l'ordre du jour de l'Assemblée nationale ou du Sénat sans que les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives aient été mises en mesure de négocier, si elles le souhaitent, sur l'objet de cette réforme. »

Ce projet est resté sans suite. Néanmoins, il importe de souligner qu'à travers ce projet, il n'est toujours pas question de réserver un domaine à la négociation collective, mais seulement un temps à la négociation. Aujourd'hui, l'Assemblée nationale et le Sénat ont modifié leur règlement intérieur dans le sens de l'article L. 1 en soumettant les parlementaires à la même exigence à propos des propositions de loi.

[Extrait du règlement intérieur de l'Assemblée nationale](#), p. 159 :

« Soucieuse de garantir l'effectivité du dialogue social, l'Assemblée nationale a décidé de mettre en place une procédure de concertation avec les partenaires sociaux avant l'inscription à son ordre du jour d'une proposition de loi entrant dans le champ décrit à l'article L. 1 du Code du travail.

Cette procédure concerne toute proposition de loi portant sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle et relevant du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle. »

Concernant le Sénat, cf. Le [Protocole adopté le 16 septembre 2009](#) organisant, à titre expérimental, la concertation avec les partenaires sociaux préalablement à l'examen, par le Sénat, des propositions de loi relatives aux relations individuelles et collectives du travail, à l'emploi et à la formation professionnelle. Cette procédure s'applique sans préjudice des dispositions de la Constitution et du Règlement de l'Assemblée nationale relatives au droit d'initiative des députés et à la fixation de l'ordre du jour.

Enfin, les sanctions en cas de méconnaissance de l'obligation prévue à l'article L. 1 sont incertaines. On peut douter que le juge constitutionnel sanctionne la méconnaissance d'une obligation légale, ne serait-ce que pour ne pas mettre en cause le pouvoir d'amendement des parlementaires.

§2 : L'intervention des interlocuteurs sociaux en aval de la loi

Le 25 juillet 1989, le Conseil constitutionnel a jugé, sur le fondement de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 et de l'article 34 de la Constitution qu' :« *il est loisible au législateur, après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions de travail ou aux relations du travail, de laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser après une concertation appropriée, les modalités concrètes de mise en œuvre des normes qu'il édicte* » (Déc. n° 89-257 DC du 25 juillet 1989, relative à la Loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion).

Le Conseil constitutionnel opère une répartition des rôles entre la loi et la négociation collective : à la loi revient la détermination des principes fondamentaux du droit du travail ; à la négociation collective, la détermination des modalités concrètes de mise en œuvre de ces principes.

Il revient à la loi le soin de déterminer si et dans quelle mesure l'accord collectif peut intervenir. Dans ce cas, il existe donc entre la loi et les conventions collectives un rapport hiérarchique de délégation.

Un arrêt récent de la Cour de cassation, [en date 12 juillet 2018](#), en rappelle le principe. En l'espèce, était en cause un accord de branche conclu en 2013 qui avait autorisé la conclusion de contrat de travail à durée indéterminée intérimaire. Au visa de l'article 34, et reprenant à son compte les termes mêmes du Conseil constitutionnel, la Cour de cassation rappelle qu'« *il est loisible au législateur, après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions et aux relations de travail, de laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser, notamment par la voie de la négociation collective, les modalités concrètes d'application des normes qu'il édicte.* » Or, en l'espèce, il n'existait aucune habilitation émanant du législateur, la loi du 17 août 2015 autorisant la conclusion de ce type de contrat à titre expérimental étant postérieure à l'accord litigieux. Dès lors, selon les juges, les interlocuteurs sociaux ont excédé leur compétence. Plus précisément, elle énonce que :« *l'accord collectif du 10 juillet 2013, en instaurant le contrat à durée indéterminée intérimaire permettant aux entreprises de travail temporaire d'engager, pour une durée indéterminée, certains travailleurs intérimaires, crée une catégorie nouvelle de contrat de travail, dérogeant aux règles d'ordre public absolu qui régissent, d'une part, le contrat de travail à durée indéterminée, d'autre part le contrat de mission, et fixe, en conséquence, des règles qui relèvent de la loi.* » Il convient toutefois de relever une confusion au sein de la décision de la Cour de cassation, entre ce qui relève d'une logique de répartition des compétences (cf. not. le visa de l'article 34 de la Constitution) et ce qui relève des rapports hiérarchiques entre la loi et les accords collectifs de travail (cf. la référence à l'ordre public absolu). Comme l'avait relevé un auteur : « *Tout ce qui relève de la loi ne relève pas pour autant systématiquement de l'ordre public absolu* ».

Sa solution laisse penser que le pouvoir normatif des interlocuteurs sociaux n'existe que pour autant qu'il procède d'une habilitation législative. En effet, constater que le législateur peut conférer à la négociation collective une fonction réglementaire, ne signifie pas qu'elle n'est que cela. Au titre de leur pouvoir normatif garanti à la fois au nom de la liberté syndicale et du principe de participation des travailleurs, ils peuvent édicter toutes les normes, même entrant dans le champ de l'article 34, pour autant que les normes conventionnelles respectent les lois d'ordre public en vigueur. En l'occurrence, lorsque les interlocuteurs sociaux ont conclu leur accord, il existait des lois d'ordre public qui prévoyaient que l'emploi de salariés dans des conditions autres que le CDI n'est possible qu'en application de la loi l'y autorisant et selon les modalités qu'elle prévoit. C'est pourquoi l'accord conclu était nul.

En dehors de règles légales impératives, les interlocuteurs sociaux disposent d'un pouvoir normatif propre, qui ne dépend pas d'une habilitation de la part du législateur. Ce qui permet aux interlocuteurs sociaux d'innover et créer des droits et des garanties originales qui ne sont pas prévues par le Code du travail.

Remarque

La solution pouvait avoir des conséquences pratiques importantes pour les salariés concernés ayant conclu de tels contrats. C'est pourquoi la loi du 5 septembre 2018 a prévu une disposition visant à sécuriser la situation de ces salariés. En effet, l'article 116 de la loi dispose que « *II.-Les contrats de travail à durée indéterminée intérimaires conclus entre le 6 mars 2014 et le 19 août 2015 sur le fondement du chapitre I^{er} de l'accord du 10 juillet 2013 portant sur la sécurisation des parcours professionnels des salariés intérimaires sont présumés conformes à l'article 56 de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, sans préjudice des contrats ayant fait l'objet de décisions de justice passées en force de chose jugée* ».

En revanche, par principe, le législateur ne peut pas abandonner sa compétence aux interlocuteurs sociaux sauf à se voir reprocher par le Conseil constitutionnel une **incompétence négative**. Cette interdiction n'est cependant pas absolue.

À titre expérimental, le législateur peut habiliter les interlocuteurs sociaux à intervenir dans le domaine de la loi sans qu'il ait lui-même et au préalable défini les principes fondamentaux du droit du travail. En effet, l'article 37-1 de la Constitution prévoit que : « *la loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental.* » Le Conseil constitution a ainsi décidé dans la décision du 6 novembre 1996 que : « *[le législateur] pouvait toutefois, sans méconnaître sa compétence, renvoyer aux accords de branche la détermination de ces seuils, sous la réserve que les procédures nouvelles de négociation ne pourraient intervenir qu'en l'absence de délégués syndicaux ou de délégués du personnel faisant fonction de délégué syndical, dès lors que la latitude ainsi laissée aux acteurs de la négociation collective devrait lui permettre d'adopter par la suite des règles nouvelles appropriées au terme d'une durée réduite d'expérimentation, et d'une évaluation des pratiques qui en sont résultées.* »

Que ce soit en aval ou en amont de la loi, la place laissée à la négociation collective dépend en définitive de la volonté du législateur. Toutefois, le pouvoir de ce dernier n'est pas infini : le droit des salariés à la négociation collective s'oppose à ce que le législateur puisse étendre à l'infini les domaines des lois d'ordre public absolu, interdisant de cette manière toute négociation collective. Ainsi, une loi ne saurait supprimer « *le noyau de la liberté de négociation collective* » en rendant toutes les dispositions du Code du travail intangibles.

Dès lors, les normes à valeur constitutionnelle sont à l'origine d'un rapport hiérarchique, entre la loi et les normes issues de la négociation collective.

La loi du 8 août 2016 a entrouvert la possibilité d'un nouvel agencement des normes légales et conventionnelles. Ainsi, a-t-elle, la première, réparti les dispositions légales entre :

- les dispositions d'ordre public,
- le champ de la négociation collective et
- les dispositions supplétives.

De manière claire et visible dans le code du travail, le législateur vient de faire tomber la pyramide, s'inspirant de l'architecture des normes imaginée par les auteurs de la [Position commune de 2001](#). L'idée essentielle est de limiter l'intervention du législateur à un "noyau dur", pensé comme devant être le plus petit possible, laissant à la négociation collective le soin de poser l'essentiel des règles régissant les relations entre employeurs et salariés. Et dans ce domaine, la loi n'intervient plus que de manière supplétive, sans qu'elle ne garantisse plus un socle de protections pour les salariés : elle ne s'applique qu'à défaut d'accord collectif.

L'ordonnance n° 2017-1385 a poursuivi le travail de réécriture du Code du travail. Outre le droit du temps de travail et des congés, ce sont désormais les modalités d'information et de consultation du futur comité social et économique, ou encore les règles régissant les négociations obligatoires dans la branche et l'entreprise qui sont construites sur ce triptyque. De cette manière, lentement mais sûrement, le législateur remet en cause l'agencement vertical des normes sociales qui s'était construit au moyen de l'ordre public social. Pour la première fois, s'observe un agencement qui n'est pas vertical entre loi et accord collectif mais horizontal.

Pour autant, il ne s'agit pour l'heure que de réformes législatives. Le législateur pourrait très bien et à tout moment revenir sur cette répartition. Le rapport entre les normes légales et conventionnelles ne sera véritablement remis en cause que si un champ de la négociation collective venait à être constitutionnalisé, perspective qui finalement a été abandonnée.

Section 2 : L'articulation de la loi et des accords collectifs de travail

Le caractère d'ordre public des lois et règlements est explicite dans le Code du travail.

Article **L. 2251-1** du Code du travail :

« Une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public. »

Exemple

L'interprétation de cette disposition a été donnée par l'avis du 22 mars 1973 rendu par le Conseil d'État (Avis n° 310.108 du 22 mars 1973 ; *Dr. Soc.* 1973, p. 514 ; *Dr. ouv.* 1973, p. 190 ; G.A.C.E., 3^{ème} éd., 2008, p. 107, commentaire de G. Couturier).

Avis du Conseil d'État du 22 mars 1973 (extrait) :

« ... Considérant, d'une part, qu'en vertu du deuxième alinéa de l'article 31 a du livre I- du Code du travail, une convention collective « peut comporter des dispositions plus favorables aux travailleurs que celles des lois et règlements en vigueur. Elle ne peut déroger aux dispositions d'ordre public de ces lois et règlements » ; qu'il résulte des termes mêmes de cet article que, conformément d'ailleurs aux principes généraux du droit du travail, les dispositions législatives ou réglementaires prises dans le domaine de ce droit présentent un caractère d'ordre public en tant qu'elles garantissent aux travailleurs des avantages minimaux, lesquels ne peuvent, en aucun cas, être supprimés ou réduits, mais ne font pas obstacle à ce que ces garanties ou avantages soient accrus ou à ce que des garanties ou avantages non prévus par les dispositions législatives ou réglementaires soient institués par voie conventionnelle ; qu'en revanche, une convention collective de travail ne saurait légalement déroger ni aux dispositions qui, par leurs termes mêmes, présentent un caractère impératif, ni aux principes fondamentaux énoncés dans la Constitution ou aux règles du droit interne ou - le cas échéant, international - lorsque ces principes ou règles débordent le domaine du droit du travail ou intéressent des avantages ou garanties échappant, par leur nature, aux rapports conventionnels ;

Considérant que les stipulations énoncées dans la demande d'avis ont toutes pour objet d'étendre ou d'accroître des garanties ou avantages résultant pour les travailleurs de dispositions législatives ou réglementaires en vigueur ; qu'aucune d'entre elles ne peut être regardée comme contraire à l'ordre public au sens qui vient d'être défini ; que leur insertion dans une convention collective ne saurait donc affecter la validité de cette convention ... ».

Cette décision conduira les auteurs à établir une distinction, opposant d'un côté l'ordre public social et de l'autre l'ordre public absolu.

D'une part, l'ordre public social recouvre *« les dispositions législatives ou réglementaires prises dans le domaine du droit du travail [qui] présentent un caractère d'ordre public en tant qu'elles garantissent aux travailleurs des avantages minimaux, lesquels ne peuvent en aucun cas être supprimés ou réduits »*. Inversement, elles *« ne font pas obstacle à ce que ces garanties ou avantages soient accrus ou à ce que des garanties ou avantages non prévus par les dispositions législatives ou réglementaires soient institués par voie conventionnelle »*. Inversement, elles *« ne font pas obstacle à ce que ces garanties ou avantages soient accrus ou à ce que des garanties ou avantages non prévus par les dispositions législatives ou réglementaires soient institués par voie conventionnelle »*.

L'ordre public en droit du travail n'est pas contradictoire avec la négociation collective. L'impérativité de la loi ne fait pas obstacle à la conclusion d'accords collectifs de travail dès lors qu'ils sont plus favorables aux salariés. Seul le minimum légal est intangible. Partant, des auteurs ont estimé qu'il existait un *« ordre public au sens du droit du travail »*, différent de celui du droit civil.

D'autre part, l'ordre public absolu vise, selon l'avis du Conseil d'État du 22 mars 1973 les règles qui *« débordent le domaine du droit travail ou intéressent des avantages ou garanties échappant par leur nature aux*

rapports conventionnels » ou qui, par leurs termes mêmes, présentent un caractère impératif, aux principes fondamentaux énoncés dans la Constitution ou aux règles du droit international.

§1 : L'ordre public social

L'article [L. 2251-1](#) du Code du travail est le creuset de la notion d'ordre public social (A). Elle est aussi ce qui fonde l'application de la règle de faveur en cas de concours entre une loi et un accord collectif ayant la même cause et le même objet (B).

A - La notion d'ordre public social

L'ordre public social implique qu'« *une convention ou un accord [puisse] comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur* ». L'accord collectif doit donc respecter le minimum impératif posé par la loi. Il ne peut ni le supprimer, ni prévoir un avantage moindre, même en contrepartie d'un autre avantage. Il peut simplement prévoir des avantages plus favorables que ceux prévus par la loi ou créer des nouveaux avantages.

L'ordre public en droit du travail n'est pas contradictoire avec la négociation collective. L'impérativité de la loi ne fait pas obstacle à la conclusion d'accords collectifs de travail dès lors qu'ils sont plus favorables aux salariés. Seul le minimum légal est intangible. Partant, des auteurs ont estimé qu'il existait un « *ordre public au sens du droit du travail* », différent de celui du droit civil.

En savoir plus : Pour approfondir

G. Lyon-Caen, « Négociation collective et législations d'ordre public », *Dr. Soc.* 1973, p. 89 ; M. Bonnechère, « L'ordre public au sens du droit du travail », *JCP* 1974. 11604. *Adde.* L. Rozes, « Remarques sur l'ordre public en droit du travail », *Dr. Soc.* 1977, p. 311 ; T. Revet, « L'ordre public dans les relations de travail », in *L'ordre public à la fin du XX^{ème} siècle*, Dalloz, Thèmes et commentaires 1996, p. 43.

Pourtant, l'ordre public en droit du travail est davantage « *protéiforme* » et il peut être préférable d'employer l'expression d'ordre public social pour évoquer les seules lois qui admettent la conclusion d'accords collectifs plus favorables.

Le caractère perfectible de l'avantage légal constitue un des critères, le plus important sans doute, à partir duquel il est possible de déterminer si les interlocuteurs sociaux peuvent négocier et conclure un accord collectif. L'accord collectif respecte l'ordre public s'il respecte les « *avantages minimaux* » prévus par la loi.

Plus précisément, l'accord collectif peut créer des nouveaux droits ou apporter une amélioration à un droit légal existant. Selon certains auteurs, cette règle est une condition de validité de l'accord. La restriction apportée au pouvoir normatif des interlocuteurs sociaux, à savoir respecter le minimum légal qui bénéficie aux salariés – fait « *partie intégrante de la règle qui confère le pouvoir de [créer des normes]* ».

Dans cette perspective, l'ordre public social s'inscrit tout entier dans la norme d'habilitation bénéficiant aux interlocuteurs sociaux.

Aujourd'hui encore, l'ordre public social demeure la règle de principe. A défaut de dispositions légales spéciales, et en cas de doute, il convient certainement de considérer la norme comme étant d'ordre public social autorisant les interlocuteurs sociaux à prévoir des stipulations plus favorables.

Exemple

A titre d'exemple, les règles relatives au licenciement, dont on ne peut nier le caractère impératif, relèvent des dispositions d'ordre public social. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle jugé dans une décision du 3 février 1993 que « *les dispositions légales relatives à la résiliation par l'employeur du contrat de travail n'interdisent pas aux partenaires sociaux de limiter, à des causes qu'ils énumèrent, le pouvoir de licencier de l'employeur* » (Cass. soc., 3 février 1993, n° [91-42.409](#)). Cette décision vient d'être réaffirmée dans un arrêt du 10 janvier 2024 (n° [22-19.857](#)), dans lequel la Cour de cassation a jugé que les stipulations conventionnelles « *constitu[ai]ent une limitation du droit de licencier en faveur du salarié* ».

Cependant, il convient de souligner une nouvelle fois sa lente mais certaine remise en cause. Celle-ci ne tient pas uniquement à la multiplication des habilitations à déroger. Elle tient aussi et surtout à la nouvelle architecture du Code du travail qui distingue les dispositions d'ordre public, le champ de la négociation collective et les dispositions légales supplétives. Dans tous les domaines dont l'architecture sera celle-ci l'ordre public social n'aura plus droit de cité.

B - L'application de la règle de faveur

L'habilitation donnée aux interlocuteurs sociaux a pour conséquence de créer un concours entre les normes légales et les normes conventionnelles.

En cas de concours entre une loi et un accord collectif, l'appréciation du plus favorable s'effectue au moyen d'une comparaison **analytique, c'est-à-dire avantage par avantage ayant la même cause ou le même objet**. Plusieurs arrêts illustrent l'utilisation de cette méthode par les juges. Ainsi comparent-ils les avantages ayant la même cause ou le même objet, pris un par un. Selon certains auteurs, cette méthode de comparaison se justifie par le fait que la loi est un « *acte unilatéral* ». Plus fondamentalement, la raison tient au fait que les salariés ne sauraient être privés des droits qu'ils tiennent de la loi. Une telle garantie ne serait pas apportée si le caractère plus favorable de l'accord par rapport à la loi s'appréciait de manière globale, catégorie d'avantages par catégorie d'avantages.

Les auteurs sont partagés sur ce qu'il convient d'entendre par comparaison analytique. Selon certains, il s'agit d'une comparaison fine, seule à même d'éviter aux salariés le risque d'être privés des droits qu'ils tiennent de la loi au motif qu'ils bénéficieraient d'avantages conventionnels "globalement" plus favorables. D'autres au contraire considèrent que « *la démarche n'est [...] pas à ce point analytique qu'il faudrait comparer règle par règle, ce qui reviendrait à appliquer un régime ignoré des deux sources en conflit, mais constitué des éléments les plus favorables empruntés à l'une ou à l'autre* » (G. Couturier, op. cit. n° 201-3, p. 485. J.-C. Javillier, « Négociation et accords collectifs en matière de rémunération », *Dr. soc.* 1988, p. 68 ; Dans le même sens, C. Fourcade, op. cit. n° 90 s. pp. 68 s.). La comparaison ne devrait pas aboutir à un « *dépeçage des textes légaux et conventionnels* » (M. Despax, *Négociations conventions et accords collectifs*, op. cit. n° 57, p. 95). La lecture des arrêts ne permet pas de donner de réponse sûre et définitive. Certains arrêts appliquent une méthode fine de comparaison. Ainsi, dans un arrêt du 27 avril 1986, la Cour de cassation, après avoir détaillé chaque avantage, et de la loi et de la convention collective, relatif au paiement des jours de congé maladie, décide que l'application du régime légal était plus favorable à la salariée (Cass. soc., 27 février 1986, *Bull. civ. V*, n° 50 ; Adde. Cass. soc., 25 novembre 1992, *Bull. civ. V*, n° 573 ; *Dr. soc.* 1993, p. 63 ; Cass. soc., 11 octobre 1994, *Bull. civ. V*, n° 265).

Exemple

Cass. soc., 27 fev. 1986 (extrait), *Bull.* 1986 V, N° 50 p. 40 :

« Vu l'article L. 223-2 du Code du travail, et l'article 70 de la convention collective nationale du personnel des cabinets d'experts-comptables et de comptables agréés du 9 décembre 1974 ;

Attendu que pour condamner M. Maliar, qui avait calculé l'indemnité de congés payés allouée à Mme Schitter sur la base de 2,5 jours de congé par mois de travail effectif par référence aux dispositions de l'article L. 223-2 du Code du travail dans sa rédaction résultant de la promulgation de l'ordonnance du 16 janvier 1982, au paiement d'un complément d'indemnité compensatrice en tenant compte de 2,5 jours de congé supplémentaires correspondant à trente jours d'arrêt de maladie inclus dans la période de référence 1982-1983, le conseil de prud'hommes s'est fondé sur les dispositions de l'article 70 de la convention collective susvisée qui prévoient qu'en sus des périodes assimilées à un temps de travail effectif par la loi, les absences pour maladie, dans la limite d'un mois par année de référence, sont assimilées à un temps de travail pour fixer la durée du congé annuel ;

Attendu cependant que le même article de la convention collective fixe la durée du congé annuel à deux jours ouvrables par mois de présence dans l'entreprise ; qu'il en résulte que les dispositions de la convention collective, relatives au mode de calcul de la période de référence, ayant été prises en considération d'un congé plus court que celui résultant de la promulgation de l'ordonnance du 16 janvier 1982, Mme Schitter ne pouvait prétendre qu'à l'application du régime légal, en l'espèce plus avantageux que la convention collective ; D'où il suit qu'en statuant comme il l'a fait, le conseil de prud'hommes a fait une fausse application des textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS : CASSE et ANNULE. »

Cependant, il existe toujours « l'ombre d'un doute » (M.-A. Souriac, « Règle de faveur : l'ombre d'un doute », *RDT* 2008, p. 399).

Exemple

Dans un arrêt inédit du 19 décembre 2007, la Cour de cassation juge que « la détermination du régime le plus favorable doit résulter d'une appréciation globale avantage par avantage ». Selon Mme M.-A. Souriac, il s'agit sans doute « de signaler que la comparaison doit être opérée en fonction du résultat chiffré obtenu pour un avantage quantitatif donné sans distinguer en son sein les différents paramètres qui permettent de le calculer ».

Néanmoins, cela n'implique pas que la méthode de comparaison puisse varier selon la nature de l'avantage.

Plusieurs exemples en matière de représentation attestent de l'utilisation d'une méthode fine de comparaison.

Exemple

Ainsi, selon la Cour de cassation, il convient d'appliquer la disposition d'une convention collective relative à l'âge du salarié désigné en qualité de délégué syndical (Cass. soc., 18 octobre 1972, *Bull. civ.* 1972, V, n° 553) ; ou encore celle relative à son ancienneté (Cass. soc., 13 mars 1974, *Bull. civ.* V n° 176). De même, s'agissant des conditions de mise en place, il convient d'appliquer, de la loi ou la convention, celle qui prévoit le seuil d'effectif le plus bas (Cass. soc., 16 décembre 1998, *Bull. civ.* 1998 V, n° 564 ; voire en la supprimant : Cass. soc., 9 avril 1974, *Bull. civ.* V, n° 235 ; Cass. soc., 21 octobre 1992, *Bull. civ.* 1992, V, n° 516) et celle qui prévoit le nombre de représentants le plus élevé (art. L. 2324-1 du C. trav. Pour les représentants au comité d'entreprise ; Cass. soc., 20 juin 2000, *Bull. civ.* V, n° 239).

Cass. soc., 20 juin 2000, *Bull. civ.* V, n° 239 :

« Les règles qui régissent les élections des délégués du personnel au sein de l'entreprise sont, en principe, fixées par la loi, l'article L. 426-1 du Code du travail [devenu les articles L. 2312-6 et L. 2312-7 nouveaux] admet, cependant, l'existence de clauses plus favorables résultant de conventions ou d'accords collectifs, et relatives à la désignation et aux attributions des délégués du personnel ».

§2 : L'ordre public absolu

L'ordre public absolu regroupe l'ensemble des règles qui ne relèvent pas de l'ordre public social et qui présentent un caractère absolument impératif.

Article L. 2251-1 :

« Une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur. **Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public.** »

Dans l'avis précité du 22 mars 1973, le Conseil d'État écarte de la compétence des interlocuteurs sociaux les matières qui « débordent le domaine du droit travail ou intéressent des avantages ou garanties échappant par leur nature aux rapports conventionnels ».

Elle interdit également qu'une convention collective de travail déroge aux dispositions qui, par leurs termes mêmes, présentent un caractère impératif, aux principes fondamentaux énoncés dans la Constitution ou aux règles du droit international.

Ainsi, l'ordre public absolu renvoie, tantôt, aux interdictions de négocier et aux « *frontières du négociable* ».

Ces deux dimensions de l'ordre public absolu sont à l'origine de deux formes d'articulation qui consistent soit en un rapport d'exclusion, soit en un rapport de prévalence.

A - Les rapports d'exclusion

Concernant les lois d'ordre public absolu qui créent des interdictions de négocier, il est difficile de les déterminer. Il n'est pas rare de constater des remous faisant passer une règle d'un côté de la barrière à l'autre. Les lois d'ordre public absolu sont celles dont le caractère intangible est affirmé, mais, les interdictions de négocier sont rarement affirmées dans la loi. Ce sont les juges qui souvent s'y emploient, ce qui a justifié plutôt tôt le recours à l'expression d'ordre public « *virtuel* ». Ainsi, l'ordre public absolu « *virtuel* » recouvre ainsi l'ensemble des règles dont les juges ont estimé qu'elles étaient exclues de la compétence des interlocuteurs sociaux. Tantôt, la décision de dire qu'une loi est d'ordre public absolu semble être la conséquence de l'impossibilité d'apprécier le caractère perfectible d'un avantage contenu dans la loi. Tantôt, l'intangibilité de certaines règles semble résulter de leur « *valeur quasi publique dans le droit du travail* ». Tantôt, les juges semblent s'appuyer sur des valeurs collectives très fortes ou des exigences d'intérêt général, qu'il revient, aux yeux des juges, à l'État seul d'exprimer.

La notion d'ordre public absolu est d'origine doctrinale, mais a été consacrée par la Cour de cassation.

Exemple

Elle l'a fait pour la première fois dans un arrêt rendu au sujet de la négociation relative sur la représentation des salariés (Cass. soc., 8 novembre 1994, *Bull. civ. V*, n° 296 ; *D.* 1995, p. 354, obs. J. Frossard). L'exemple est connu ; il concerne la durée des mandats électifs. La Cour de cassation refusait alors qu'un accord collectif modifie la durée des mandats. Quelles qu'aient pu être les raisons, liées ou non à l'intérêt général, celles-ci n'existent plus : la loi du 2 août 2005 a redonné aux règles relatives à la durée des mandats un caractère négociable.

En fin de compte, les domaines relevant de l'ordre public absolu donnent surtout à voir les rôles respectifs des interlocuteurs sociaux et de l'État dans l'organisation et la structuration des relations collectives de travail. Ainsi, le Conseil d'État avait déjà mis en évidence les domaines qui renvoient aux fonctions régaliennes de l'État et qui, de ce fait, sont exclus de la compétence des interlocuteurs sociaux. Suivant l'avis du 22 mars 1973, une convention collective ne « *saurait ni modifier la compétence des agents publics ni fixer des règles assorties des sanctions pénales* ». Mais l'exclusion de la compétence des interlocuteurs sociaux peut être la marque de l'interventionnisme étatique, comme relève les décisions qui ont jugé d'ordre public absolu les règles de désignation des représentants des salariés, les règles d'acquisition de la qualité de syndicat représentatif, les conditions d'entrée en vigueur d'un accord collectif de travail.

B - Les rapports de prévalence

L'ordre public absolu ne se contente pas de tracer les frontières du négociable. L'impérativité de certaines normes de sources légales ou supralégales crée un rapport hiérarchique à l'égard des normes d'origine conventionnelle ou issue du pouvoir du chef d'entreprise.

Les rapports de prévalence requièrent soit la conformité de la norme inférieure à la norme supérieure, soit, plus modestement, sa compatibilité.

Cette dernière option est généralement préférée. Souvent, il s'agit de faire respecter une règle qui revêt une autorité supérieure. L'ordre public absolu n'apparaît donc plus seulement comme l'expression de la volonté du législateur, mais également comme celle des exigences supralégislatives.

Ainsi, même compétents, l'employeur ou les interlocuteurs sociaux ne peuvent priver les salariés de leurs droits fondamentaux. La prévalence des normes qui garantissent des droits fondamentaux se traduit par l'éviction de la norme inférieure contraire à la norme impérative. L'ordre public absolu constitue alors un **mécanisme d'éviction**.

Un exemple de cette prévalence que l'on rencontre très souvent désormais est la question de l'égalité de traitement et de la non-discrimination. Il ne fait de doute que les règles qui imposent une égalité de traitement entre salariés ou entre représentants des salariés, de même que les règles de non-discrimination qui interdisent de priver une personne d'un avantage en raison d'un motif discriminatoire, sont strictement impératives. Ces règles s'imposent à l'employeur comme aux interlocuteurs sociaux.

Exemple

Cass. soc., 8 octobre 2014, n° [13-11.789](#) :

« Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Nîmes, 11 décembre 2012), que Mme X..., engagée le 3 juin 1965 par la Fédération des caisses de mutualité sociale agricole du Languedoc, devenue mutualité sociale agricole du Languedoc, a été licenciée le 21 novembre 2005 pour cause d'inaptitude physique médicalement constatée consécutive à une maladie ; qu'elle a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes en invoquant, en cause d'appel, une discrimination créée par l'article 36 de la convention collective de travail du personnel de la mutualité sociale agricole dans sa rédaction du 22 décembre 1999 alors applicable prévoyant une exclusion de l'indemnité conventionnelle de licenciement en cas d'inaptitude physique consécutive à une maladie ou à un accident de la vie privée ; [...]

Mais attendu qu'en l'absence d'élément objectif et pertinent la justifiant, est nulle en raison de son caractère discriminatoire fondé sur l'état de santé du salarié, la disposition d'une convention collective excluant les salariés licenciés pour cause d'inaptitude consécutive à une maladie ou à un accident non professionnels du bénéfice de l'indemnité de licenciement qu'elle institue ; qu'il en résulte que la cour d'appel a exactement décidé que les dispositions illicites du 2° de l'article 36 de la convention collective de travail du personnel de la mutualité sociale agricole devaient être écartées au profit de celles du 1° de cet article et que la salariée devait percevoir l'indemnité conventionnelle de licenciement ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi ; »

Toutefois, la Cour de cassation a nuancé sa jurisprudence concernant les distinctions opérées entre les conventions collectives entre les différentes catégories professionnelles de salariés. Ainsi, dans un premier temps, elle soumettait les conventions collectives à un véritable test de l'égalité, conduisant à mettre en cause de nombreuses conventions qui distinguaient par principe entre les avantages réservés aux cadres et les autres. Dans un second temps, elle jugera qu'il existe une présomption simple du caractère justifié des différences de traitement créées par voie conventionnelle entre salariés cadres et salariés non-cadres.

Exemple

- Cass. soc., 20 février 2008, *Bull. civ. V*, n° 39 :
« Attendu cependant que la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait en elle-même justifier, pour l'attribution d'un avantage, une différence de traitement entre les salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage, cette différence devant reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence ».
- Cass. soc., 27 janvier 2015, n° [13-22.179](#) :
« Vu le huitième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, le principe d'égalité de traitement et l'article 10 de la convention collective nationale des industries chimiques et connexes ;
Attendu que les différences de traitement entre catégories professionnelles opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs 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, 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'égalité n'est pas le seul droit fondamental à être invoqué. Ces dernières années ont vu un certain de conventions collectives mises en cause en raison de la contrariété de leur disposition en matière de forfait jour avec le droit fondamental des travailleurs à la santé.

Exemple

Cass. soc., 11 juin 2014, n° [11-20.985](#) (extrait) :

« Mais sur le moyen relevé d'office, après avis donné aux parties conformément à l'article 1015 du Code de procédure civile :

Vu l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, l'article L. 3121-45 du Code du travail, dans sa rédaction applicable au litige, interprété à la lumière de l'article 17, paragraphes 1 et 4 de la directive 1993/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993, des articles 17, paragraphe 1, et 19 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

Attendu, d'abord, que le droit à la santé et au repos est au nombre des exigences constitutionnelles ;

Attendu, ensuite, qu'il résulte des articles susvisés des Directives de l'Union européenne que les États membres ne peuvent déroger aux dispositions relatives à la durée du temps de travail que dans le respect des principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé du travailleur ;

Attendu, enfin, que toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires ;

Attendu que pour rejeter les demandes du salarié en paiement d'heures supplémentaires et d'indemnité pour repos compensateur non pris, l'arrêt retient que la convention de forfait dont se prévaut l'employeur a été signée sur le fondement d'un accord d'entreprise conclu au sein de la société Fougerolle Ballot, qu'elle précise le nombre de jours travaillés (deux cent dix-sept jours), la rémunération étant « maintenue à son niveau antérieur, bien que le temps de travail soit réduit » et a été signée et acceptée par le salarié ; qu'elle a par ailleurs été prise en compte dès le 1er mars 2000 comme l'établit son bulletin de paie dudit mois ; que c'est en vain qu'il est soutenu qu'elle serait illicite au motif qu'elle ne pouvait être convenue, conformément à la convention collective, qu'avec des IAC classés au moins en position B, 2e échelon, catégorie 1 dès lors que cette même convention prévoit en son titre III que « Sur proposition de leur employeur les IAC ou Etam ayant des responsabilités d'encadrement, de maintenance, de gestion ou d'expertise technique peuvent, à compter de l'entrée en vigueur du présent accord bénéficier d'un salaire exprimé forfaitairement avec une référence à un nombre annuel de jours de travail » ; que le salarié ne peut pas davantage arguer qu'il était cadre intégré et non pas cadre autonome sans en justifier par un quelconque élément ;

Qu'en statuant ainsi, alors que ni les dispositions du titre III de l'accord national du 6 novembre 1998 relatif à la durée du travail dans les entreprises de bâtiment et travaux publics ni les stipulations de l'accord d'entreprise qui, s'agissant de l'amplitude des journées de travail et la charge de travail qui en résulte, prévoient seulement qu'il appartient aux salariés de tenir compte des limites journalières et hebdomadaires et d'organiser leurs actions dans ce cadre et en cas de circonstances particulières d'en référer à leur hiérarchie de rattachement, ne sont de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé, et, donc, à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié, ce dont elle aurait dû déduire que la convention de forfait en jours était nulle, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; »

Lire aussi Cass. soc. 24 avril 2024, n° [22-20.539](#).

§3 : Les dérogations à la loi et la mise en œuvre des dispositions légales par voie conventionnelle

L'absence de valeur constitutionnelle du principe de l'ordre public social conduit à admettre la constitutionnalité du mécanisme des accords dérogoires à la loi. En vertu de sa norme d'habilitation, le législateur peut autoriser

la conclusion d'accords dérogatoires à la loi, qui mettent à l'écart l'application, non seulement de certaines dispositions légales, mais également du principe de faveur énoncé à l'article L. 2251-1 du Code du travail.

Exemple

On rappellera la décision du Conseil constitutionnel rendue le 25 juillet 1989. Sur le fondement de [l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946](#) et de [l'article 34 de la Constitution](#), il a jugé qu'« *il est loisible au législateur, après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions de travail ou aux relations du travail, de laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser après une concertation appropriée, les modalités concrètes de mise en œuvre des normes qu'il édicte ; qu'au surplus, constitue un principe fondamental du droit du travail, le principe selon lequel une convention collective de travail peut contenir des dispositions plus favorables aux travailleurs que celles des lois et règlements.* »

Il a eu l'occasion plusieurs fois de se prononcer sur la question.

Exemple

Mais le clou sera définitivement enfoncé avec la décision du 29 avril 2004 : « *le principe en vertu duquel la loi ne peut permettre aux accords collectifs de déroger aux lois et aux règlements ou aux conventions de portée plus large que dans un sens plus favorable aux salariés ne [...] saurait être regardé comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du Préambule de la Constitution de 1946* ». Et d'ajouter, « *il constitue un principe fondamental du droit du travail au sens de l'article 34 de la Constitution, dont il appartient au législateur de déterminer le contenu et la portée.* »

À travers ces deux décisions figurent deux manières pour le législateur d'habiliter les interlocuteurs sociaux à édicter des normes conventionnelles indépendamment de leur caractère plus favorable.

En premier lieu, l'absence de valeur constitutionnelle du principe de l'ordre public social conduit à admettre la constitutionnalité du mécanisme des accords dérogatoires à la loi. En vertu de sa norme d'habilitation, le législateur peut autoriser la conclusion d'accords dérogatoires à la loi, qui mettent à l'écart l'application, non seulement de certaines dispositions légales, mais également du principe de faveur énoncé à l'article L. 2251-1 du Code du travail. L'intervention des interlocuteurs sociaux dans les matières relevant du domaine de la loi est reconnue par le Conseil constitutionnel à travers la validation de la technique des accords dérogatoires (Déc. n° 96-383 DC préc., considérants 17 et 18). À la différence des accords collectifs dérogeant aux lois d'ordre public social, dont le minimum demeure applicable, les accords dérogatoires sont appelés à se substituer purement et simplement à l'application des règles légales. Là encore, la considération qu'il peut s'agir de lois mettant en œuvre des principes à valeur constitutionnelle n'a pas de conséquence.

Toutefois, le législateur ne peut pas, sans méconnaître sa compétence, émettre une habilitation de portée générale à destination des interlocuteurs sociaux les autorisant à déroger à la loi. Lorsqu'il habilite ces derniers à déroger à la loi, il doit préciser les dispositions d'ordre public ouvertes à la dérogation. Le législateur doit, une fois déterminées les matières ouvertes à la dérogation, définir les conditions de la dérogation. Cette exigence a une double visée. Il s'agit, d'une part, de garantir la compétence du législateur et, d'autre part, de protéger les droits à valeur constitutionnelle. Il est important de le souligner : les principes fondamentaux du droit du travail déterminés par la loi ne revêtent pas nécessairement un caractère d'ordre public. La qualification de principe fondamental du droit du travail renvoie à la compétence matérielle du législateur. Le caractère d'ordre public indique quant à lui la force obligatoire attachée à la loi et qui interdit d'y déroger. Il est une évidence : le caractère d'ordre public de la loi ne constitue pas une exigence constitutionnelle imposée au législateur, au nom de la plénitude de sa compétence. Une fois les principes fondamentaux du travail énoncés, le législateur peut autoriser qu'il y soit dérogé. En revanche, les règles constitutionnelles régissant sa compétence imposent qu'il détermine les conditions de cette dérogation qui, elles, sont impératives à l'égard des interlocuteurs sociaux.

Au demeurant, la loi seule peut permettre aux accords collectifs de déroger aux lois et aux règlements. Le pouvoir réglementaire ne peut le faire en dehors d'une habilitation législative. Cela est la conséquence de la qualification de principe fondamental du droit du travail au sens de l'article 34 de la Constitution ou de celle de principe général du droit du travail que l'a d'ailleurs jugé le Conseil d'État ([CE, 27 juill. 2001, n° 220067, Fédération nationale des Transports FO](#)).

En second lieu, sur habilitation du législateur, les interlocuteurs peuvent déterminer les modalités concrètes de mise en œuvre des principes définis par la loi. Le Conseil constitutionnel opère une répartition des compétences entre la loi et la négociation collective : à la loi revient la détermination des principes fondamentaux du droit du travail ; à la négociation collective, la détermination des modalités concrètes de mise en œuvre de ces principes. Il revient à la loi le soin de déterminer si et dans quelle mesure l'accord collectif peut intervenir, établissant eux un rapport hiérarchique de délégation. Le Conseil constitutionnel ne distingue pas selon que le législateur définit les principes fondamentaux du droit du travail visés à l'article 34 de la Constitution ou s'il intervient pour mettre en œuvre une règle à valeur constitutionnelle. Concernant ce dernier cas, il s'assurera seulement que le législateur a prévu les garanties légales suffisantes, sans écarter la possibilité qu'un accord collectif prévoie des garanties équivalentes. Cette répartition des rôles s'impose au législateur qui méconnaîtrait sa compétence s'il délèguait aux interlocuteurs sociaux le pouvoir de définir les principes fondamentaux du droit du travail ou les garanties légales suffisantes devant être apportées aux droits fondamentaux. Il faut souligner une exception à cela ; le législateur peut abandonner sa compétence temporairement aux interlocuteurs sociaux dans le cadre de loi expérimentale.

La loi du 8 août 2016 et les ordonnances du 22 septembre 2017 semblent vouloir généraliser ce mode d'articulation de la loi et de l'accord collectif, cherchant à étendre le champ de la négociation collective défini par la loi. Ainsi ont-elles réécrit certains pans du Code du travail sur la base d'une nouvelle architecture, distinguant, comme cela a été indiqué précédemment, d'abord les dispositions d'ordre public, puis le champ de la négociation collective et enfin les dispositions supplétives.

Dans le cadre de cette nouvelle architecture, le législateur habilite les interlocuteurs sociaux à mettre en œuvre la loi. D'un côté, il renforce ainsi la fonction réglementaire de la négociation collective à l'égard de la loi, puisque c'est sur le fondement de ces habilitations de négocier que les interlocuteurs sociaux exercent leur pouvoir normatif. D'un autre côté, le législateur limite la valeur de la loi qui, en dehors des règles d'ordre public, n'a plus qu'une valeur supplétive, c'est-à-dire qu'elle s'applique à défaut d'accord. Le rapport ainsi établi entre la loi et l'accord collectif n'est plus de la même nature que celui résultant des habilitations à déroger, dans la mesure où dans les domaines ouverts à la dérogation, la loi reste impérative par principe. Ici, la loi est supplétive, ce qui signifie que la validité de l'accord collectif ne dépendra de sa conformité qu'à un nombre très limité de règles d'ordre public.