

Droit social : relations collectives

Leçon 10 : L'entreprise : la consolidation juridique d'un espace normatif

Josépha DIRRINGER

Table des matières

Titre I - Le pouvoir décisionnel de l'employeur.....	p. 2
Section 1 : Les théories de l'entreprise et du pouvoir patronal.....	p. 3
Section 2 : Les normes issues du pouvoir patronal.....	p. 4
§1 : Les normes attachées au pouvoir patronal.....	p. 4
§2 : Le régime applicable aux normes patronales.....	p. 5
Titre II - La promotion de la négociation collective et l'autoréglementation de l'entreprise.....	p. 9
Section 1 : L'élargissement des agents de négociation dans l'entreprise.....	p. 9
§1 : La négociation sans négociateurs dans les TPE.....	p. 10
§2 : La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux avec les agents alternatifs.....	p. 11
A - La négociation et la conclusion de l'accord.....	p. 11
B - La consultation des salariés.....	p. 12
Section 2 : L'encadrement du processus de négociation.....	p. 13
§1 : La préférence donnée à la norme négociée.....	p. 13
§2 : Les normes négociées soumises à une exigence de loyauté.....	p. 17
A - La préparation des négociations.....	p. 17
B - L'invitation à négocier.....	p. 18
C - Le déroulement des négociations.....	p. 20
1. L'interdiction des négociations séparées.....	p. 20
2. L'issue des négociations.....	p. 22
§3 : La sophistication du processus décisionnel dans l'entreprise.....	p. 22
Section 3 : La négociation collective organisationnelle.....	p. 24
§1 : Les accords de gestion prévisionnelle de l'emploi (ou accords de gestion de l'emploi et des parcours professionnels).....	p. 24
§2 : Les accords collectifs conclus dans le cadre d'une réorganisation de l'entreprise.....	p. 28
A - Les accords de méthode conclus dans le cadre d'une procédure de licenciement pour motif économique.....	p. 29
B - Les accords de performance collective.....	p. 30

Historiquement, les normes créées au sein de l'entreprise l'ont été sur le fondement du pouvoir normatif que le droit, à défaut de l'instituer, concédait à l'employeur. Le pouvoir décisionnel de l'employeur, lié à son pouvoir d'organisation et de direction, conserve toujours sa vivacité (Titre I).

De manière de plus en plus certaine, l'entreprise apparaît comme un espace normatif en ce sens qu'il est un foyer où se créent des normes sociales ayant vocation à régir la relation de travail et à affecter la situation des salariés. C'est pourquoi un ensemble de règles impératives, qui se rapportent à la représentation collective des salariés, visent à encadrer la production de règles par les acteurs sociaux ou bien à encadrer les processus décisionnels susceptibles d'affecter la situation des salariés. Ces règles dites procédurales visent à garantir la légitimité des normes et à encourager la participation des destinataires à leur élaboration. Deux principes sont au cœur de l'articulation des normes : un principe de légitimité et un principe de proximité.

D'une part, les sources de la représentation collective des salariés s'agencent en vue de légitimer les décisions affectant les salariés. Cette légitimation concerne d'abord les représentants des salariés qui doivent désormais bénéficier d'une certaine audience électorale. Le principe de légitimité impose aussi des procédures loyales où l'ensemble des parties intéressées a été mis en mesure de participer et de s'exprimer. Enfin et de plus en plus, elle passe par la création d'espaces de discussion où les acteurs s'accordent sur les règles du jeu de leurs discussions futures.

D'autre part, l'articulation des sources de la représentation collective des salariés tend vers un déploiement des espaces de production normative les plus décentralisés. Ce déploiement n'est pas un dessaisissement des pouvoirs publics au profit de personnes privées ! Les pouvoirs publics habilite les acteurs sociaux soit à déroger à la loi, soit à la mettre en œuvre. « animateurs » de la déréglementation, les pouvoirs publics procèdent à la « *déconcentration* » et à la « *décentralisation* » de la production normative en instituant des espaces de discussion entre salariés et employeurs. La négociation collective remplit une fonction ambivalente. D'un côté, elle est le vecteur d'une plus grande autonomie des interlocuteurs sociaux et des entreprises. De l'autre, elle constitue l'instrument privilégié de mise en œuvre des politiques publiques en matière sociale. Ce qui apparaît nettement en revanche, c'est que la négociation collective n'apparaît plus vraiment comme l'exercice d'un droit des salariés : à l'égard pouvoirs publics, elle occupe une fonction quasi-réglementaire et à l'égard des entreprises, elle est un instrument de légitimation du processus décisionnel, elle-même perçue comme un facteur d'efficacité économique.

Les règles sur la représentation des salariés ont ici une vocation qui va au-delà de la seule défense des intérêts des salariés. La représentation des salariés n'est pas seulement l'objet de normes. Les représentants des salariés participent aussi à l'élaboration de normes. Aussi, dans la perspective d'une étude des sources du droit, on ne peut vraiment comprendre l'ordonnancement juridique des relations de travail sans passer par celle qui régit la représentation des salariés : sans les règles sur la représentation des salariés, la décentralisation et la contractualisation du droit du travail auraient été tout simplement impossibles.

Explicite en droit de l'Union européenne, la représentation collective des travailleurs est mise au service d'un projet d'ordre à la fois démocratique et économique. Les mêmes finalités et la même approche téléologique de la représentation des salariés sont présentes s'agissant de la responsabilité sociale des entreprises ou du développement durable, fers de lance de la communication des entreprises transnationales. Ceux-ci poussent sans doute plus loin encore la logique : outre que les exigences démocratiques et économiques sont présentées comme indissociables, les moyens mis en œuvre ne sont plus séparés des fins poursuivies. Ainsi, un processus décisionnel ne saurait prétendre être légitime ou efficace s'il n'assure pas une participation originelle des salariés pour organiser leur participation future.

Le phénomène de déréglementation du droit du travail qui s'est traduit vers une décentralisation de la production normative vers l'entreprise a conduit cependant le législateur à privilégier l'accord collectif dont la légitimité était plus à même de justifier le recul corrélatif de la loi. Aujourd'hui en effet, la négociation collective, rebaptisée dialogue social, apparaît bien comme le vecteur de l'autoréglementation de l'entreprise (Titre II).

Titre I - Le pouvoir décisionnel de l'employeur

Le pouvoir normatif à l'employeur n'a jamais véritablement reconnu. Plus certainement, il a fait l'objet d'une recherche *a posteriori* d'un fondement juridique suffisamment à même de le légitimer, du moins de l'expliquer (Section 1). Quelle que soit la théorie retenue, il est certain que le droit reconnaît et encadre les normes patronales.

Section 1 : Les théories de l'entreprise et du pouvoir patronal

Que l'on ait invoqué un pouvoir naturel dont serait investi le patron, de même nature que celui du père de famille, que l'on ait davantage préféré se référer aux prérogatives que le chef d'entreprise détient en tant que propriétaire des moyens de production, détenteur du capital, en tant que responsable du risque d'entreprendre, il s'est souvent agi de chercher une légitimité à ce pouvoir. Selon cette première perspective, le pouvoir de direction reconnu à l'employeur à l'égard de la collectivité de salariés repose sur le présupposé que ses décisions sont des décisions purement privées. De plus, dans la pensée conservatrice du début du XIX^{ème} siècle, le lien contractuel entre patron et ouvrier était aussi perçu comme un lien personnel où le premier avait pour mission d'éduquer le second dans une perspective patriarcale, ou dit encore paternaliste.

Dans la conception patrimoniale de l'entreprise, l'entreprise est la chose de l'entrepreneur. C'est donc à lui que revient le pouvoir de décider de son organisation et de ses structures. La conception contractuelle du rapport de travail suppose quant à elle soit que la subordination du salarié à l'employeur est la contrepartie de l'obligation de celui-ci de préserver la sécurité de celui-là, soit que le contrat de travail constitue « *une convention de répartition des risques* », ce qui justifie la reconnaissance d'un pouvoir de direction et, corrélativement, l'exonération du salarié de sa responsabilité. En définitive, la conception contractuelle conduit à faire du contrat de travail la source juridique du pouvoir de l'employeur. Dans cette perspective, l'entreprise apparaît, quoique de manière simplifiée, comme la somme des contrats de travail liant un employeur aux salariés.

La conception contractuelle du rapport de travail s'articule bien avec une conception patrimoniale de l'entreprise, dans laquelle l'entreprise se voit représentée par l'entrepreneur, qui ne fait alors qu'un avec l'employeur.

La légitimation du pouvoir de l'employeur trouvera un nouvel élan chez les institutionnalistes. Selon ces derniers, l'entreprise est une institution qui poursuit un intérêt propre qu'il revient à l'employeur de défendre : elle serait « *une organisation réunissant dans une même communauté les détenteurs du capital, les salariés et la direction* ». Dans cette perspective, l'employeur est légitime à agir et à diriger dès lors qu'il respecte l'intérêt transcendant de l'entreprise. Ces grands courants théoriques, qui ont cherché à rendre compte de l'entreprise comme lieu de pouvoir, justifient la subordination du salarié par la fonction sociale dont serait investi l'employeur. Cette conception, qui a longtemps persisté en raison notamment de l'autorité académique de Paul Durand, conduit à reconnaître à l'employeur un pouvoir total sur la gestion et l'organisation de l'entreprise. La pensée de P. Durand trouve en effet un autre ancrage que celui de la pensée d'Hauriox, celui de la vision organiciste allemande du rapport d'emploi. Celui-ci naît de l'intégration du salarié dans la communauté de travail et c'est de l'appartenance à cette communauté que découlent les droits et les obligations du salarié. Or, le chef d'entreprise est le représentant de la communauté de l'entreprise, composée des travailleurs, des dirigeants et des actionnaires. P. Durand estime ainsi que l'employeur a pour fonction de « *coordonner les éléments [de la société professionnelle] et d'assurer le bien commun du groupement* ». De ce fait, il en est « *le législateur naturel, , parce qu'il a pour fonction d'en coordonner les éléments et d'assurer le bien commun du groupement* », justifiant ainsi la reconnaissance d'une « *réglementation patronale de l'entreprise* ». La pensée institutionnelle a persisté bien qu'elle ait pu prendre ses distances avec les idées défendues par cet auteur. Ainsi en est-il par exemple de M. Despax qui a cherché à montrer que l'entreprise est un « *sujet de droit naissant* » ou bien de M. N. Aliprantis pour qui l'entreprise constitue un ordre juridique infraétatique réceptionné

par l'ordre juridique étatique. D'après ce dernier auteur, « *en régime capitaliste, la norme fondamentale de l'entreprise ne peut être autre que celle par laquelle l'entrepreneur-employeur s'investit lui-même du pouvoir de poser (créer) des normes collectives et individuelles, abstraites et concrètes, générales et particulières et aussi d'être le coauteur de normes* » (N. Aliprantis, « L'entreprise en tant qu'ordre juridique », *Le droit collectif du travail : questions fondamentales, évolutions récentes, études en hommage à Madame Hélène Sinay*, Peter Lang, 1994, p. 185).

Section 2 : Les normes issues du pouvoir patronal

Seul le règlement intérieur fait l'objet d'un régime juridique particulier depuis 1982 (cf. cours de [Droit social : relations individuelles](#)). Par ailleurs, de manière ponctuelle, le législateur habilite l'employeur à prendre des mesures unilatérales pour mettre en œuvre certaines exigences légales. Ainsi le fait-il par exemple en matière d'égalité professionnelle, lorsqu'à défaut d'avoir conclu un accord, l'employeur doit élaborer un plan d'action unilatéral dont le contenu est encadré par les dispositions législatives et réglementaires.

Toutefois, le pouvoir normatif de l'employeur va bien au-delà du seul règlement intérieur et des plans d'action unilatéraux que l'employeur peut adopter sur la base d'une habilitation légale expresse. En effet, les juges reconnaissent à ce dernier le pouvoir d'édicter des normes générales à destination des salariés qui, comme les conventions et accords collectifs de travail, participent à régir la relation de travail et relèvent de ce qu'on appelle le statut collectif. Certaines ont vocation à reconnaître aux salariés des avantages, d'autres régissent plus largement, mais sous certaines limitations, le fonctionnement dans l'entreprise, l'exercice du droit syndical ou encore le fonctionnement des institutions de représentation des salariés.

Ces normes sont de nature diverse (§1), mais répondent toutes au même régime (§2).

§1 : Les normes attachées au pouvoir patronal

Trois types de normes sont rattachés juridiquement au pouvoir de l'employeur. Il s'agit en premier lieu des usages applicables dans l'entreprise. Il s'agit ensuite des engagements unilatéraux de l'employeur auquel les juges assimilent les accords dits atypiques c'est-à-dire les accords qui ne répondent pas aux conditions d'entrée en vigueur des accords collectifs.

Concernant les usages, ceux-ci constituent une norme à la condition qu'ils constituent une pratique répétée dans l'entreprise. Plus exactement, les juges exigent la réunion de trois conditions. Ainsi, il doit d'agir d'une pratique :

- générale : l'usage s'applique à tous les salariés ou à une catégorie de salariés ;
- fixe : l'usage s'applique en fonction de conditions prédéterminées (et non de manière discrétionnaire variant d'une application à l'autre sans régularité déterminable)
- constante : l'usage s'applique depuis une certaine durée, de manière régulière ou continue.

Exemple

Cass. soc., 28 février 2006, n° 04.40-303 (sur le second moyen du pourvoi principal) :

« Vu l'article 1134 du Code civil ;

Attendu que pour débouter M. X... de sa demande de paiement de certaines primes, l'arrêt retient que celles-ci n'avaient pas de caractère contractuel ;

Qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si les primes n'étaient pas dues en vertu d'un usage répondant à des caractères de généralité, constance et fixité qui en rendait le paiement obligatoire pour l'employeur, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS, sans qu'il soit nécessaire de statuer sur les deuxième et troisième branches du premier moyen du pourvoi principal. »

Outre les usages, le droit du travail reconnaît une force obligatoire aux engagements unilatéraux de l'employeur auxquels sont assimilés les accords atypiques qui ne répondent pas aux conditions légales d'entrée en vigueur.

Exemple

Cass. soc., 7 janvier 1988, Dr. soc. 1988, 464, note C. Freyria :

« Sur le moyen unique :

Attendu qu'après avoir retenu que l'accord intitulé "accord d'entreprise", conclu le 25 février 1980 entre le délégué du personnel et le gérant de la société Trans-euro-froid (TEF), non dénoncé, devait s'appliquer, quant aux modalités de rémunération qu'il comportait, à tous les salariés de l'entreprise sans distinction, présents et à venir, l'arrêt infirmatif attaqué (Paris, 21^{ème} chambre, 16 avril 1985) a condamné la société Trans-euro-froid à payer à M. Meunier, embauché le 29 mai 1980, des rappels de salaire et d'indemnité incidente de congés payés, que la société fait grief à cet arrêt d'avoir ainsi statué, alors, selon le pourvoi, que la conclusion d'un accord collectif, qui relève que la seule compétence des organisations syndicales représentatives, n'entre pas dans les attributions des délégués du personnel ; qu'ainsi, en décidant que l'accord du 25 février 1980 était valable, la cour d'appel a violé les articles L. 132-19 et L. 122-1 et suivants du Code du travail ; Mais attendu que si ledit accord avait été conclu, ainsi que relevé, en l'absence de toute section syndicale par le délégué du personnel et la direction de la société, il n'en constituait pas moins un engagement de l'employeur envers ses salariés, ce dont il résulte que la cour d'appel a, sans violer les textes susvisés, justifié sa décision ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi. »

§2 : Le régime applicable aux normes patronales

Quelle que soit leur nature, le droit du travail soumet les normes patronales à un même régime juridique.

En premier lieu, il leur confère une force obligatoire qui lie l'employeur et qui permet aux salariés de demander à bénéficier des avantages contenus dans ces normes.

Exemple

Cass. soc., 27 mars 2001, n° [98-44.292](#) :

« Mais sur le premier moyen :

Vu le principe fondamental, en droit du travail, selon lequel, en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable aux salariés qui doit recevoir application ;

Attendu que pour rejeter la demande de la salariée de remboursement de la taxe d'habitation afférente à son logement de fonction, la cour d'appel énonce qu'il existe dans le Rhône un usage selon lequel la taxe d'habitation est payée intégralement par l'employeur ; qu'il s'agit d'un usage local, professionnel et non d'entreprise ; que cet usage qui a un caractère simplement supplétif et non impératif, ne s'applique qu'à défaut d'une manifestation contraire de volonté ; qu'en l'espèce, le contrat de travail de Mme X... exclut expressément le paiement par l'employeur de la taxe ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors que le contrat de travail ne pouvait faire obstacle à l'application d'un usage plus favorable, la cour d'appel a violé le principe susvisé ; ».

En second lieu et consécutivement, l'employeur qui entend se libérer d'un usage ou d'un engagement unilatéral à l'obligation, soit de le dénoncer, soit de conclure un accord collectif portant sur le même objet.

La dénonciation d'un usage ou d'un engagement unilatéral n'est pas soumise aux règles régissant la dénonciation d'un accord collectif de travail. Le régime de cette dénonciation est d'origine purement jurisprudentielle. De manière constante, depuis l'arrêt Deschamps daté du 25 février 1988, les juges exigent que la dénonciation a été effectuée :

- en respectant un délai raison permettant l'ouverture d'éventuelles négociations,
- l'information individuelle des salariés,
- l'information des représentants des salariés.

Exemple

Cass. soc., 23 septembre 1992, *Dr. soc.* 1992, p. 926 :

« Sur le moyen unique du pourvoi, en ce qu'il est dirigé contre les autres défendeurs

Attendu, selon le jugement attaqué (conseil de prud'hommes de Bourgoin-Jallieu, 11 juillet 1989), qu'un treizième mois était versé tous les ans depuis 1973 à l'ensemble des salariés de la société Guichard, à laquelle a succédé en 1985 la Société nouvelle des cartonneries Guichard ; que, lors d'une réunion du comité d'entreprise du 14 avril 1987, la direction de l'entreprise a décidé, compte tenu des mauvais résultats d'exploitation, de ne pas payer le prorata de la prime de treizième mois au titre de l'année 1986 ; que la prime de l'année 1987 a été payée aux salariés ayant quitté l'entreprise en 1987, au prorata du temps passé, l'année de leur départ ; qu'elle a été versée en 1988 à l'ensemble du personnel ; que, par jugement du 30 décembre 1988, le tribunal de grande instance de Bourgoin-Jallieu a prononcé la liquidation judiciaire de la Société nouvelle des cartonneries Guichard ;

[...]

Mais attendu que le conseil de prud'hommes, qui a retenu que la prime était devenue obligatoire par voie d'usage dans l'entreprise, a décidé à bon droit que cet usage était opposable au nouvel employeur ;

Et attendu que la dénonciation d'un usage n'est opposable aux salariés concernés, qui ne peuvent alors prétendre à la poursuite du contrat aux conditions antérieures, que si cette décision a été précédée d'une information donnée aux intéressés, et aux institutions représentatives du personnel, dans un délai permettant d'éventuelles négociations ; qu'ayant relevé que le paiement de ladite prime au titre de l'exercice 1986 avait été remis en cause tardivement, et qu'au titre de l'exercice 1987, il n'y avait pas eu de décision formelle de la supprimer, le conseil de prud'hommes a, répondant aux conclusions, légalement justifié sa décision ;

PAR CES MOTIFS : Rejette le pourvoi. »

Depuis un **arrêt du 16 novembre 2005 (n° 04-40.339)**, la Cour de cassation exige pour que l'employeur puisse être exonéré de l'obligation d'informer les représentants des salariés en raison de leur absence dans l'entreprise qu'il soit en mesure de faire état du procès-verbal de carence aux élections professionnelles attestant de l'absence de candidature.

Cependant, la dénonciation est inutile si un accord collectif portant sur le même objet est conclu ou s'il a pour objet la suppression d'un usage ou d'un engagement unilatéral. Celui-ci met fin automatique à celui-ci suggérant qu'au sein du statut collectif, les normes conventionnelles ont une valeur juridique plus forte que les normes non conventionnelles.

Exemple

- Cass. soc., 26 septembre 2012, n° **10-24.529** :

« Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. X... a été engagé par la Société de distribution d'eaux intercommunales (SDEI), aux droits de laquelle sont venues la Société d'exploitation de réseaux d'eau potable intercommunaux (SEREPI), puis la société Lyonnaise des eaux France en qualité de technicien à compter du 16 mars 1981 ; qu'il a saisi la juridiction prud'homale d'une demande de rappels de salaire notamment au titre d'une prime d'ancienneté, sur le fondement de l'article 28 de la convention collective des distributeurs d'eau du 6 juillet 1972 ;

[...]

Mais sur le premier moyen :

Vu les articles 22 de l'accord d'entreprise SDEI du 25 juin 1999 et 21 de l'accord d'entreprise SEREPI du 30 décembre 1999 ;

Attendu qu'aux termes de ces articles, en contrepartie de la réduction du temps de travail, les dispositions de l'article 28 de la convention du 6 juillet 1972, qui prévoient que la prime d'ancienneté correspond à un certain pourcentage de la rémunération qui progresse chaque année, sont écartées et la progression annuelle de l'ancienneté diminuée pendant cinq ans jusqu'au 1^{er} janvier 2005 ;

[...]

Attendu, cependant, que lorsque l'application dans l'entreprise d'une convention collective à laquelle l'employeur n'est pas soumis résulte d'un usage ou d'un engagement unilatéral de ce dernier, la conclusion d'un accord d'entreprise ayant le même objet met fin à cet usage ou à cet engagement, en sorte qu'il n'y a pas lieu de rechercher en ce cas si les clauses de l'accord sont ou non plus favorables que celles de la convention jusqu'alors appliquée volontairement ;

Issues du statut collectif, les normes patronales ne s'incorporent pas au contrat de travail. Ainsi, en cas de dénonciation ou lorsqu'un accord collectif conclu postérieurement a supprimé l'usage ou l'engagement unilatéral, les salariés ne peuvent, ni prétendre au maintien des avantages qu'il prévoyait, ni invoquer une modification de leur contrat de travail.

En troisième lieu, en cas de concours entre un usage et un accord collectif antérieur portant sur le même objet, il convient de n'appliquer aux salariés que l'avantage le plus favorable. Celui-ci est déterminé en fonction de l'intérêt de l'ensemble des salariés de l'entreprise. »

- Cass. soc., 19 novembre 1997, Dr. soc. 1998, obs. G. Couturier :

« Sur le second moyen :

Vu l'article 10 ter de la Convention collective nationale des transports routiers

Attendu, selon ce texte, qu'en cas d'incapacité de travail temporaire..., le personnel ouvrier mensualisé bénéficie d'une garantie de ressources, que les pourcentages d'indemnisation s'appliquent sur la base de la rémunération qui aurait été perçue si ce personnel avait continué à travailler ;

Attendu, selon les jugements attaqués, que MM. Cappelle et Ruellan, salariés de la société P et O Ferrymasters, se sont trouvés en arrêt de travail pour maladie respectivement du 16 juillet au 9 novembre 1994 et du 25 juillet à octobre 1994 ; que l'employeur leur a assuré le maintien de leur salaire selon un forfait de 199 heures 33 par mois, convenu avec les représentants du personnel le 7 juillet 1989 ; que contestant le mode de calcul de leurs indemnités, les salariés ont saisi la juridiction prud'homale ;

Attendu que, pour débouter les salariés de leur demande, le conseil de prud'hommes énonce qu'un accord a été conclu le 7 juillet 1989 au sein de la société Ferrymasters entre la direction et les partenaires sociaux, prévoyant une garantie de salaire minimum selon un forfait de 199 heures 33 par mois, que ce forfait servait de base au complément de salaire en cas d'arrêt de travail pour maladie, que l'accord de 1989 n'a pas été dénoncé, mais continue à trouver application ;

Attendu cependant qu'un accord conclu avec les représentants du personnel n'a que la valeur d'un engagement unilatéral de l'employeur et ne peut s'appliquer que s'il est plus favorable au salarié que les dispositions de la convention collective ;

Qu'en statuant comme il l'a fait, alors que la convention collective tend à assurer au salarié en arrêt de travail pour maladie le maintien de la rémunération qu'il aurait perçue s'il avait continué à travailler, et sans rechercher si le contingent d'heures supplémentaires que les salariés auraient été appelés à accomplir, n'était pas supérieur au forfait garanti par l'accord du 7 juillet 1989, le conseil de prud'hommes n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS : CASSE ET ANNULE. »

- [Cass. soc., 24 juin 2014, 13-10.301](#) :

« Mais attendu que, faute de procurer un avantage aux salariés, la décision par laquelle, en l'absence de délégué syndical, l'employeur instaure le repos compensateur de remplacement prévu à l'article L. 3121-24 du code du travail ne constitue pas un acte soumis aux règles de dénonciation des engagements unilatéraux et devient caduque après que les conditions de son existence ayant disparu par suite de l'assujettissement de l'entreprise à l'obligation annuelle de négocier, il ne lui a pas été substitué un accord collectif dans le délai imparti pour cette négociation ;

Et attendu que la cour d'appel ayant constaté que l'accord du 22 février 2005 reconnaissant l'existence d'une unité économique et sociale entre la société Gagne et trois autres sociétés s'était accompagné de la désignation, à cette même date, d'un délégué syndical pour l'ensemble de l'unité et qu'aucun accord relatif au remplacement du paiement des heures supplémentaires par un repos compensateur n'avait été conclu à l'issue du délai imparti pour la négociation annuelle obligatoire, c'est à bon droit qu'elle a décidé que la décision unilatérale par laquelle l'employeur avait mis en place un tel repos compensateur avait cessé de produire effet, de sorte que les salariés avaient droit au paiement des heures supplémentaires accomplies au cours de l'année 2006 ; ».

Enfin et en quatrième lieu, les juges ont estimé qu'en raison de sa force obligatoire et de son appartenance au statut collectif, les usages et les engagements unilatéraux de l'employeur étaient transférés automatiquement au nouvel employeur. Dès lors, il appartient à ce dernier de les dénoncer ou de conclure un accord qui y mette fin. Il importe de souligner toutefois que le nouvel employeur est tenu à cette obligation qu'à l'égard des salariés dont le contrat a été transféré (Cass. soc., 7 décembre 2005, D. 2006. 1868, note Loiseau) et qu'au surplus « l'obligation à laquelle est légalement tenu le nouvel employeur, en cas de transfert d'une entité économique, de maintenir au bénéfice des salariés qui y sont rattachés les droits qu'ils tiennent d'un usage en vigueur au jour du transfert, justifie la différence de traitement qui en résulte par rapport aux autres salariés » (Cass. soc., 11 janvier 2012, n° [10-14.614 s.](#)).

Titre II - La promotion de la négociation collective et l'autoréglementation de l'entreprise

La volonté du législateur de promouvoir la négociation collective d'entreprise s'apprécie à bien des égards. Il suffit pour cela de constater le nombre croissant d'habilitations légales visant à négocier de nouveaux accords d'entreprise et à faciliter les dérogations à la loi et aux conventions de branche (Cf. Leçon 8 et 9). La promotion de la négociation collective d'entreprise est également passée par la reconnaissance de nouveaux agents de négociation, autre que les délégués syndicaux (Section 1). Par ailleurs, la consolidation de l'espace normatif de l'entreprise ressort de l'encadrement des processus décisionnels laissant entrevoir une préférence claire pour la norme négociée par rapport à la norme unilatérale (Section 2). Dans une perspective toujours plus institutionnelle, la négociation d'entreprise devient ainsi un instrument au service de l'organisation de l'entreprise, voire du groupe, dans le but d'adapter sa gestion de l'emploi à sa stratégie économique et d'en faire un espace de production normative légitime (Section 3).

Section 1 : L'élargissement des agents de négociation dans l'entreprise

Cela a été souligné, la « vocation naturelle » des syndicats à défendre les intérêts des salariés, notamment par la négociation collective, a été reconnue par le Conseil constitutionnel dans la décision précitée du 6 novembre 1996 (cf. Leçon 4). En vertu des normes constitutionnelles, le législateur ne peut pas entièrement substituer, dans le cadre de la négociation collective, l'intervention d'autres acteurs à celle des syndicats. Selon les sages, il importe que la loi « assure aux organisations syndicales un rôle effectif dans la procédure de négociation ». Toutefois, elle ne confère pas de monopole à ces dernières.

La Cour de cassation est la première à l'avoir reconnu.

Exemple

Cass. soc., 25 janvier 1995, n° 90-45.796 :

« Si dans les entreprises où les délégués syndicaux peuvent être légalement désignés, ceux-ci sont seuls habilités à négocier et à signer les accords d'entreprise, ces accords peuvent être valablement négociés et signés dans les entreprises qui ne remplissent pas les conditions légales pour avoir des délégués syndicaux par des salariés titulaires d'un mandat donné par un syndicat représentatif ; que l'accord d'entreprise, conclu le 3 septembre 1986 par Mme Y... munie d'un mandat d'un syndicat, a mis fin aux avantages contraires contenus dans le règlement interne. »

Depuis les modifications législatives apportées en 2004 et en 2008, la négociation collective avec les représentants élus dans l'entreprise ou avec un salarié mandaté est directement autorisée par la loi. Celle-ci avait établi une hiérarchie : les salariés mandatés ne peuvent être des agents de négociation que si l'entreprise est dépourvue de toute institution de représentation des salariés élue. De même avait-elle établi une hiérarchie entre institutions de représentation des salariés. Ainsi n'est qu'en l'absence de comité d'entreprise que les délégués du personnel sont appelés à négocier un accord collectif. La loi relative au dialogue social a modifié de nouveau les dispositions régissant la négociation d'accords collectifs dans les entreprises dépourvues de délégué syndical. Il semblait alors que la volonté du législateur était de renforcer le rôle des organisations syndicales, sans compter la réforme de 2016, modifiant de nouveau ces dispositions en retirant aux interlocuteurs sociaux de branche leur pouvoir de contrôle sur le contenu des accords ainsi conclu, en particulier lorsque l'accord est conclu par les représentants élus non mandatés. On peut se demander si dans cette hypothèse les syndicats de salariés jouent encore un "rôle effectif dans la procédure de négociation" comme l'avait exigé un temps le Conseil constitutionnel.

Pour ceux qui s'étaient approprié ces règles, il était déjà temps de les oublier, car les ordonnances du 22 septembre 2017 ont encore (une nouvelle fois !) réformé les règles autorisant la conclusion d'accord collectif dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux.

Cependant, le dispositif n'est ni simple ni toujours logique : elle s'assure de la légitimité, soit au travers d'un mandat électif, soit au travers d'un mandatement délivré par les syndicats représentatifs, soit au travers d'une consultation des salariés, soit parfois au travers trois à la fois.

Les principaux changements intervenus depuis la réforme de 2015 et 2016 :

- La faculté de « conclure des accords collectifs » dans les TPE au travers de la ratification d'un projet patronal ratifié par une majorité qualifiée des salariés fixée à « deux tiers du personnel » ;
- Ouverture du champ de la négociation collective avec les agents alternatifs de négociation collective ;
- L'existence d'une hiérarchie entre les agents alternatifs de négociation dépend de l'effectif de l'entreprise.

§1 : La négociation sans négociateurs dans les TPE

Dans les très petites entreprises, il est désormais possible pour l'employeur de faire ratifier un « projet d'accord aux salariés », lequel peut porter sur l'ensemble des thèmes ouverts à la négociation collective.

Une fois adopté, l'employeur doit informer chaque salarié du projet d'accord. La communication de l'accord au salarié intervient au plus tard 15 jours avant la date prévue de la consultation.

À compter de cette communication, l'employeur doit organiser une consultation du personnel dans un délai minimum de quinze jours. Elle a lieu sur le temps de travail. Il lui revient de définir les modalités d'organisation de la consultation : modalités de transmission de l'accord aux salariés ; date, lieu, heure de la consultation ; déroulement et organisation matérielle. Pour assurer le respect des principes généraux du droit électoral, l'article [R. 2232-10](#) prévoit que le vote est personnel et secret, se déroule en l'absence de l'employeur. Les résultats sont portés à sa connaissance à l'issue de la consultation.

Les résultats font l'objet d'un procès-verbal, annexé à l'accord lors de son dépôt.

Suivant l'article [L. 2232-22](#), « Lorsque le projet d'accord mentionné à l'article [L. 2232-21](#) est approuvé à la majorité des deux tiers du personnel, il est considéré comme un accord valide ».

Cependant, ni le législateur ni le pouvoir réglementaire n'ont défini le périmètre des salariés appelés à participer à la consultation. Or, la notion de « personnel » est particulièrement floue. L'ordonnance du 20 décembre 2017 précise que « le calcul de l'effectif se fait selon les modalités définies aux articles [L. 1111-2](#) et [L. 1251-54](#) ». Cependant, les règles de computation des effectifs et les règles définissant les conditions d'électorat ne doivent pas être confondues. Tous les salariés peuvent-ils voter sur le principe d'une personne, une voix ; faut-il prendre en compte les salariés mis à disposition, les salariés intérimaires, les CDD de remplacement ? Est-il possible de fixer des conditions (nature du contrat, ancienneté, âge) ?

Ces dispositions pouvaient soulever quelques réserves quant à leur conformité à la Constitution. Outre la conformité au principe de participation des travailleurs qui explicitement fait référence à l'existence de délégués, le grief d'incompétence négative pourrait également être soulevé, le législateur n'apportant pas les garanties légales suffisantes à un droit à valeur constitutionnelle.

Tel n'a pas été pourtant l'avis du Conseil constitutionnel qui a jugé conformes à la Constitution ces dispositions.

Exemple

Décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018 (extraits) :

« 7. En premier lieu, en permettant sous certaines conditions à l'employeur, dans les entreprises employant jusqu'à vingt salariés, de proposer un projet d'accord collectif à la consultation du personnel, le législateur a souhaité développer les accords collectifs dans les petites entreprises en prenant en compte l'absence fréquente de représentants des salariés pouvant négocier de tels accords dans ces entreprises.

8. En deuxième lieu, les dispositions contestées ne prévoient la possibilité pour l'employeur de soumettre un projet d'accord collectif à la consultation du personnel que si l'entreprise est dépourvue de délégué syndical et, dans les entreprises de onze à vingt salariés, en l'absence, en outre, de membre élu de la délégation du personnel du comité social et économique.

9. En dernier lieu, conformément à l'article L. 2232-22 du code du travail, le projet d'accord doit être communiqué par l'employeur à chaque salarié et un délai minimum de quinze jours doit s'écouler entre cette communication et l'organisation de la consultation. En outre, le projet d'accord n'est validé que s'il recueille une majorité des deux tiers du personnel. Enfin, les modalités d'organisation de la consultation doivent en tout état de cause respecter les principes généraux du droit électoral. »

On peut encore s'interroger sur la contrariété aux normes internationales, notamment la convention n° 98, relative à la négociation collective pourrait être soulevée.

§2 : La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux avec les agents alternatifs

La négociation et la conclusion de l'accord avec les agents alternatifs de négociation est une étape nécessaire (A), mais qui n'est pas toujours suffisante, la loi exigeant parfois que l'accord soit ratifié à la suite d'une consultation des salariés (B).

A - La négociation et la conclusion de l'accord

L'ordonnance n° 2017-1385 opère une distinction entre les entreprises dont l'effectif est compris entre 11 et 49 salariés et celles dont l'effectif est au moins supérieur à 50 salariés.

- Pour les premières, aucune hiérarchie n'est faite entre les agents de négociation : il est possible de négocier, indistinctement, avec des membres titulaires du CSE mandatés par une OSR, avec ces derniers sans qu'ils aient obtenu de mandatement, ou avec des salariés spécialement mandatés.
- Pour les secondes, il existe une hiérarchie : ce sont d'abord les membres titulaires du CSE mandatés par une OSR, à défaut, ces derniers sans qu'ils aient obtenu de mandatement, ou à défaut avec des salariés spécialement mandatés.

S'agissant de la négociation avec les membres titulaires du CSE, deux modalités de conclusion sont prévues :

- Dans les entreprises de 11 à 49 salariés, ainsi que dans celles d'au moins 50 salariés, lorsqu'ils n'ont pas obtenu de mandatement, l'exigence majoritaire s'apprécie au regard des suffrages exprimés qu'ils ont recueillis aux dernières élections.
- En revanche, dans les entreprises d'au moins 50 salariés, les membres du CSE qui ont obtenu un mandatement peuvent conclure l'accord au nom de l'organisation syndicale qui les a mandatées. L'exigence majoritaire sera alors satisfaite par l'organisation de la consultation des salariés.

Précisons les concernant qu'ils disposent d'un crédit heures supplémentaire égal à 10 heures, sauf circonstances exceptionnelles. Les heures de négociation ne s'imputent pas sur ce crédit d'heures.

S'agissant de la négociation avec un salarié mandaté par une organisation syndicale représentative, la validité de l'accord conclu est dans tous les cas subordonnée à la validation par les salariés.

Il convient de rappeler l'exigence d'indépendance du salarié mandaté (Déc. n° 96-383 DC, Cons. 9). C'est la raison pour laquelle notamment l'article L. 2232-28 interdit que les salariés qui, en raison des pouvoirs qu'ils

détiennent, peuvent être assimilés à l'employeur, ainsi que les salariés apparentés à l'employeur ne peuvent être mandatés pour conclure un accord collectif.

Comme les membres du CSE, les salariés mandatés dispose d'un crédit heures égal à 10 heures, sauf circonstances exceptionnelles. Les heures de négociation ne s'imputent pas sur ce crédit d'heures.

Concernant les conditions du mandatement, celui-ci doit émaner des organisations syndicales représentatives dans la branche ou, à défaut, par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel.

Depuis 2008, la loi impose le respect d'une exigence de loyauté. Celle-ci a été reprise par l'ordonnance n° 2017-1385.

Art. [L. 2232-29](#) :

« La négociation entre l'employeur et les membres de la délégation du personnel du comité social et économique, mandatés ou non, ou les salariés de l'entreprise mandatés se déroule dans le respect des règles suivantes :

1° Indépendance des négociateurs vis-à-vis de l'employeur ;

2° Élaboration conjointe du projet d'accord par les négociateurs ;

3° Concertation avec les salariés ;

4° Faculté de prendre l'attache des organisations syndicales représentatives de la branche.

Par ailleurs, les informations à remettre aux membres de la délégation du personnel du comité social et économique, mandatés ou non, ou aux salariés mandatés préalablement à la négociation sont déterminées par accord entre ceux-ci et l'employeur. »

La loi établit donc une hiérarchie. Cela suppose d'abord de prendre contact avec les fédérations de la branche, avant de s'adresser aux confédérations nationales.

B - La consultation des salariés

La consultation des salariés est rendue obligatoire dans deux cas :

- Dans les entreprises d'au moins 50 salariés, lorsque l'accord a été conclu par des membres du CSE mandatés par une OSR de la branche ou à défaut au niveau national interprofessionnel (art. [L. 2232-24](#)).
- Chaque fois que l'accord est conclu par un salarié mandaté (art. [L. 2232-23-1 II](#) ; art. [L. 2232-26](#)).

Les règles régissant la consultation des salariés sont semblables à celles prévues dans le cadre du droit commun, à l'exception notable de la négociation d'un protocole d'accord spécifique.

L'article [D. 2232-8](#) prévoit qu'elle doit avoir lieu dans un délai de deux mois à compter de la signature de l'accord et doit être précédée d'une information des salariés qui doit intervenir au plus tard 15 jours avant la date prévue de la consultation.

L'organisation est en effet confiée à l'employeur, sous réserve d'un recours devant le tribunal judiciaire. En effet, en cas de désaccord sur les modalités d'organisation de la consultation retenues par l'employeur, le tribunal judiciaire peut être saisi dans un délai de huit jours à compter de l'information prévue à l'article [D. 2232-8](#) et statue en la forme des référés et en dernier ressort.

On rappellera au demeurant qu'en présence de délégué syndical, l'accord conclu avec les représentants des salariés n'a la valeur que d'un engagement unilatéral de l'employeur. C'est donc de manière résiduelle que la loi reconnaît aux représentants élus un pouvoir de négociation qui revient au premier chef au délégué syndical.

En l'absence de délégué syndical dans l'entreprise ou l'établissement, un accord d'entreprise ou d'établissement peut être négocié, conclu ou révisé avec un ...

(Code du travail, articles L. 2232-21 et suivants)

Agent alternatif de négociation	Élu mandaté	Élu non mandaté (membre de la « délégation du personnel du CSE »)	Salarié mandaté (non élu)	Via un référendum d'entreprise
Effectifs de l'entreprise	❶ 11 à 49 salariés Art. L. 2232-23-1, I, 1° ❷ ≥ 50 salariés Art. L. 2232-24	❶ 11 à 49 salariés Art. L. 2232-23-1, I, 2° ❷ ≥ 50 salariés Art. L. 2232-25	❶ 11 à 49 salariés Art. L. 2232-23-1, I, 1° ❷ ≥ 50 salariés Art. L. 2232-26	< 11 salariés ou ≤ 20 salariés en l'absence d'élus au CSE Art. L. 2232-21 à -23
Objet de l'accord	❶ Toutes les mesures qui peuvent être négociées par accord ❷ Aucune précision ⇔ Tout accord collectif de travail	❶ Toutes les mesures qui peuvent être négociées par accord sur le fondement du Code du travail. ❷ Mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif (sauf accord de méthode dans un grand licenciement éco.)	❶ Toutes les mesures qui peuvent être négociées par accord sur le fondement du Code du travail ❷ Toutes les mesures qui peuvent être négociées par accord	« Ensemble des thèmes ouverts à la négociation collective prévus » par le Code du travail
Condition de « validité » des accords ou avenants de révision	❶ Signature par « des membres de la délégation du personnel du CSE » représentant la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections Art. L. 2232-23-1, II		❶ + ❷ Référendum dans des conditions fixées par décret	Ratification du projet d'accord de l'employeur par la majorité des « 2/3 du personnel » selon des modalités fixées par décret Art. L. 2232-22
	❷ Référendum dans des conditions fixées par décret	❷ Signature par « des membres de la délégation du personnel du CSE » représentant la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections		
Informations préalables	❷ • L'employeur informe les OSR dans la branche ou, à défaut, au niveau national et interprofessionnel de sa décision d'engager des négociations. • L'employeur fait connaître par tout moyen son intention de négocier aux membres de la « délégation du personnel du CSE ». • Les élus font savoir dans le mois s'ils veulent négocier et indiquent s'ils sont mandatés. • À l'issue de ce délai, la négociation s'engage avec : les élus mandatés ou, à défaut, des élus non mandatés. Art. L. 2232-25-1		❷ • L'employeur informe les OSR dans la branche ou, à défaut, au niveau national et interprofessionnel de sa décision d'engager des négociations. • Lorsqu'aucun « membre de la délégation du personnel au CSE » n'a manifesté son souhait de négocier, l'accord peut être négocié avec un salarié (non élu) mandaté. • De plein droit si l'absence d'élus est établie par PV de carence. Art. L. 2232-26	• Le projet d'accord est communiqué à chaque salarié. • La ratification du projet a lieu à l'issue d'un délai de 15 jours à compter de cette communication (délai d'examen).

Négociations atypiques

Section 2 : L'encadrement du processus de négociation

L'apparition des obligations de négocier a conduit à faire de la norme unilatérale une norme sinon subsidiaire du moins secondaire (§1). Par ailleurs le législateur et les juges ont largement contribué à renforcer la loyauté du processus de négociation de manière à renforcer la légitimité des normes conventionnelles (§2).

§1 : La préférence donnée à la norme négociée

La démarche amorcée en 1982 se veut une réponse au risque d'arbitraire que comporte le pouvoir unilatéral de l'employeur. C'est pourquoi, même précédée de la consultation du comité social et économique, la décision unilatérale de l'employeur cède généralement le pas devant l'accord collectif de travail doté d'une plus grande légitimité procédurale.

En savoir plus : Pour approfondir la question de la promotion des normes négociées

Sandrine Chassagnard-Pinet, David Hiez (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008.

En effet, l'obligation légale imposée à l'employeur de négocier avec les organisations syndicales a pour corolaire une limitation de son pouvoir décisionnel dans les domaines visés par la loi.

En premier lieu, dans le cadre des négociations, il est interdit à l'employeur de prendre des décisions unilatérales sur les thèmes faisant l'objet de la négociation. Cette interdiction posée par la loi de 1982 relève désormais des quelques dispositions d'ordre public identifiées par le législateur à l'occasion de la réforme de 2017.

Article [L. 2242-4](#) du Code du travail :

« Tant que la négociation mentionnée aux articles L. 2242-1 et L. 2242-2 est en cours, l'employeur ne peut, dans les matières traitées, arrêter de décisions unilatérales concernant la collectivité des salariés, sauf si l'urgence le justifie. »

Ainsi, L'article L. 2242-4 ne reconnaît à l'employeur son pouvoir normatif qu'en cas d'urgence. A défaut, sa décision est **nulle**.

Exemple

Cass. soc., 29 juin 1994, CSBP, 1994, n° A25 ; Dr. soc., 1995, p. 47, obs. J. Savatier :

« Attendu, selon l'arrêt attaqué, que les Mutuelles du Mans IARD et assurances Vie ainsi que la Défense automobile et sportive, ont dénoncé, le 11 mars 1988, les accords qui les liaient aux organisations représentatives du personnel, et notamment un accord conclu, le 30 mars 1987, avec le syndicat CFDT, concernant l'augmentation des rémunérations du personnel et de la prime de vacances et un accord annexe dénommé " convention relative à l'amélioration de la productivité " ;

Sur le premier moyen du pourvoi principal :

Attendu que les sociétés font grief à l'arrêt **d'avoir déclaré nulle la dénonciation** de ce dernier accord, alors, selon le moyen, d'une part, que l'interdiction faite à l'employeur de prendre une décision unilatérale pendant le cours de la négociation collective n'est prévue que pour la négociation des conventions et accords collectifs d'entreprise ; qu'aucune disposition légale n'édicte une semblable restriction au pouvoir de l'employeur pendant la négociation d'une convention ou d'un accord collectif de branche ; qu'il n'est pas contesté en l'espèce que l'accord litigieux du 30 mars 1987 avait été conclu entre quatre sociétés d'assurances (la MGFA, la MGF-Vie, la Mutuelle du Mans et la DAS), d'une part et la CFDT, d'autre part, c'est-à-dire au niveau de la branche ; qu'il n'est pas davantage contesté que les négociations sur les salaires 1988 s'étaient engagées entre les mêmes parties et par conséquent au niveau de la branche également ; qu'en fondant néanmoins sa décision sur les dispositions de l'article L. 132-29 figurant à la section III du Code du travail intitulée " conventions et accords collectifs " d'entreprise ", la cour d'appel a violé par fausse application cette disposition légale ; alors, d'autre part, qu'il appartient au juge de restituer aux actes leur exacte qualification sans s'attacher à la dénomination retenue par les parties ; que la cour d'appel ne pouvait, dès lors, déclarer applicable l'article L. 132-29 du Code du travail relatif à la négociation des accords d'entreprise motif pris de ce que les parties avaient visé les articles L. 132-27 et suivants du Code du travail dans le constat de désaccord et dans leurs conclusions de première instance, sans violer l'article 12 du nouveau Code de procédure civile ; alors encore, que le Syndicat CFDT des assurances de la région du Mans n'a pas soutenu que les sociétés faisaient partie du même groupe d'assurances ni même que l'accord collectif litigieux et la négociation de 1988 concernaient un " groupe d'établissements " au sens de l'article L. 132-19 et qu'il s'ensuivrait que les dispositions légales relatives aux accords d'entreprise seraient applicables ; qu'en relevant d'office, sans ordonner la réouverture des débats, le moyen tiré de ce que la convention litigieuse et les négociations entraient dans le cadre de l'article L. 132-19 du Code du travail relatif aux accords conclus au niveau d'un groupe d'établissements, la cour d'appel a violé l'article 16 du nouveau Code de procédure civile ; alors, enfin, que la cour d'appel ne pouvait déclarer applicables les textes relatifs aux accords d'entreprise qu'en caractérisant au préalable l'existence d'une unité économique et sociale entre les sociétés juridiquement distinctes signataires de l'accord du 30 mars 1987 et participant aux négociations de 1988 ; que l'arrêt attaqué qui ne relève aucun fait susceptible de révéler l'existence d'une unité économique et sociale a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 132-29 du Code du travail ;

Mais attendu que s'agissant d'une négociation qui avait été engagée, non par une organisation d'employeurs, mais par plusieurs employeurs pris individuellement, peu important, à cet égard, que leurs entreprises aient ou non constitué un groupe, la cour d'appel a pu décider que cette négociation, qui n'avait pour objet que de conclure un accord au niveau de chacune des entreprises en cause, et non pas au niveau de la branche professionnelle, était une négociation d'entreprise soumise aux dispositions des articles L. 132-18 à L. 132-29 du Code du travail ; ».

En second lieu, la Cour de cassation a jugé que, tant que les négociations n'étaient pas ouvertes, l'employeur ne pouvait prendre de décisions unilatérales sur les thèmes de négociation obligatoires. Dans ce cas, entre deux négociations, la décision de l'employeur peut être suspendue.

Exemple

Cass. soc., 28 novembre 2000, *Dr. soc.*, 2001 p ; 212 obs. C. Radé ; p. 252 obs. P-H. Antonmattéi :

« Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 23 juin 1998), que, le 1er juillet 1994, les compagnies UAP-Vie, UAP-IARD et UAP-Collectivités, aux droits desquelles se trouvent les sociétés Axa conseil-vie et Axa conseil-IARD, ont mis sur le marché un nouveau contrat collectif d'assurance dénommé " Réponse santé " ; que le comité d'établissement UAP Diderot, ayant estimé que ce nouveau produit emportait une baisse de rémunération des agents chargés de le commercialiser, a considéré qu'il devait être consulté sur le fondement des articles L. 432-3 et suivants du Code du travail ; que diverses organisations syndicales ont, pour leur part, soutenu que la question relevait de la négociation annuelle obligatoire ; que l'employeur ayant rejeté l'ensemble de ces prétentions, le comité et les organisations syndicales ont engagé une procédure judiciaire ;

[...]

Mais attendu que la cour d'appel qui a constaté que le contrat collectif avait pour effet de fixer le montant des salaires effectifs d'une catégorie du personnel, a exactement décidé que cette question relevait de la négociation obligatoire instituée par l'article L. 132-27 du Code du travail ; qu'ayant retenu que, malgré la demande des syndicats, l'employeur n'avait pas inclus cette question dans la négociation annuelle, elle a pu décider, sans être tenue de se livrer à d'autres recherches, qu'il avait manqué à son obligation ; que le moyen n'est pas fondé ; ».

Finalement, l'employeur ne retrouve son pouvoir décisionnel qu'en cas d'échec des négociations. En effet, dans ce cas, la loi prévoit que le procès-verbal d'échec des négociations peut contenir les mesures unilatérales que l'employeur entend malgré tout adopter.

Article [L. 2242-5](#) :

« Si, au terme de la négociation, aucun accord n'a été conclu, il est établi un procès-verbal de désaccord dans lequel sont consignées, en leur dernier état, les propositions respectives des parties et les mesures que l'employeur entend appliquer unilatéralement. »

Cette articulation apparaît parfois de manière plus explicite dans la loi. Parmi plusieurs exemples, il est possible de citer celui relatif à l'obligation de négocier en matière d'égalité professionnelle. La loi prévoit ainsi qu'en l'absence d'accord conclu, il incombe à l'employeur de mettre en place un plan d'action.

Article [L. 2242-3](#) :

« En l'absence d'accord relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes à l'issue de la négociation mentionnée au 2° de l'article L. 2242-1, l'employeur établit un plan d'action annuel destiné à assurer l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. Après avoir évalué les objectifs fixés et les mesures prises au cours de l'année écoulée, ce plan d'action, fondé sur des critères clairs, précis et opérationnels, détermine les objectifs de progression prévus pour l'année à venir, définit les actions qualitatives et quantitatives permettant de les atteindre et évalue leur coût. Ce plan d'action est déposé auprès de l'autorité administrative. »

Article [L. 2242-8](#) :

« Les entreprises d'au moins cinquante salariés sont soumises à une pénalité à la charge de l'employeur en l'absence d'accord relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes à l'issue de la négociation mentionnée au 2° de l'article L. 2242-1 ou, à défaut d'accord, par un plan d'action mentionné à l'article L. 2242-3. Les modalités de suivi de la réalisation des objectifs et des mesures de l'accord et du plan d'action sont fixées par décret. Dans les entreprises d'au moins 300 salariés, ce défaut d'accord est attesté par un procès-verbal de désaccord.

La pénalité prévue au premier alinéa du présent article peut également être appliquée, dans des conditions déterminées par décret, en l'absence de publication des informations prévues à l'article L. 1142-8 ou en l'absence de mesures définies dans les conditions prévues à l'article L. 1142-9.

Le montant de la pénalité prévue au premier alinéa du présent article est fixé au maximum à 1 % des rémunérations et gains au sens du premier alinéa de l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale et du premier alinéa de l'article L. 741-10 du code rural et de la pêche maritime versés aux travailleurs salariés ou assimilés au cours des périodes au titre desquelles l'entreprise ne respecte pas l'une des obligations mentionnées aux premier et deuxième alinéas du présent article. Le montant est fixé par l'autorité administrative, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'État, en fonction des efforts constatés dans l'entreprise en matière d'égalité professionnelle et salariale entre les femmes et les hommes ainsi que des motifs de sa défaillance quant au respect des obligations fixées aux mêmes premier et deuxième alinéas. »

Cet exemple illustre une forme de négociation administrée, en ce sens qu'elle est soumise à un contrôle de la part des autorités administratives. Ces dernières disposent d'un pouvoir de sanction qui consiste dans une pénalité financière lorsqu'elles ne sont pas couvertes par un accord ou, à défaut d'accord, par un plan d'action.

Plus récemment, la loi du 8 août 2016 assouplit cette faveur donnée à la négociation collective pour faciliter les dérogations à la loi. Elle a en effet ouvert certains domaines jusqu'à présent réservés à la négociation collective dérogatoire au pouvoir unilatéral de l'employeur. Par exemple, dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, l'employeur pourra décider du remplacement de tout ou partie du paiement des heures supplémentaires, ainsi que des majorations, par un repos compensateur équivalent. Pour cela, seule est exigée la consultation du comité d'entreprise à l'exclusion de toute négociation avec ses membres ([C. trav., art. L. 3121-37](#)).

§2 : Les normes négociées soumises à une exigence de loyauté

L'exigence de loyauté garantit à l'ensemble des parties intéressées au processus décisionnel leur participation, ce qui suppose non seulement le respect d'un principe d'égalité de traitement entre tous les protagonistes, mais encore celui d'une temporalité telle que le processus puisse se dérouler dans des conditions acceptables.

L'exigence de loyauté des négociations s'est progressivement imposée comme essentielle et sans laquelle la conclusion d'un accord collectif ne pourrait être considérée comme régulière. Jusqu'à la loi de 1982 et l'apparition des obligations de négocier, le processus de négociation n'était pas soumis à aucune règle légale. Ce n'est qu'à partir de cette date et afin de garantir aux salariés le respect des obligations de négocier que le législateur va imposer à l'employeur de respecter certaines règles au cours des négociations. Cela étant, à aucun moment, la loi ne pose de principe général de bonne foi. Celle-ci n'apparaît que de manière éparse. Elle apparaîtra d'abord à propos de thèmes de négociation spécifiques puis, en 2008, dans le cadre des négociations menées dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux. Finalement, donnant un écho plus grand à ces dispositions ainsi qu'à la jurisprudence de la Cour de cassation, la loi du 8 août 2016 semble avoir fini par consacrer cette exigence.

Cette consécration s'est accompagnée également de nouvelles règles visant à inciter les parties à la négociation à organiser en amont le déroulement de leur négociation au moyen d'un accord de méthode (A).

Qu'un tel accord existe ou non, la loyauté dans la négociation se traduit par deux obligations à la charge de l'employeur. D'une part, il doit inviter l'ensemble des parties intéressées à la négociation (B). D'autre part, il lui est interdit de mener des négociations séparées et d'écarter certains interlocuteurs de la discussion (C).

A - La préparation des négociations

En 1982, le législateur définit les premières règles encadrant le processus de négociation dans l'entreprise. Il prévoit notamment que lors de la première réunion sont précisés Le lieu et le calendrier des réunions, ainsi que 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. Il ne s'agit pas formellement d'une négociation préalable. Toutefois, de facto, ces éléments sont généralement négociés dès lors que l'employeur prend le risque d'être condamné pour ne pas avoir respecté son obligation de négocier.

La loi du 9 août 2016 marque une étape importante dans la formalisation du processus de négociation qui doit avoir été discuté en amont et faire l'objet d'un **accord de méthode**.

Au sens large, les accords de méthode, ou accords de procédure, désignent tous les accords dont l'objet est d'encadrer en amont un processus décisionnel. De manière plus restrictive, la notion d'accord de méthode vise parfois seulement les accords prévus par les [articles L. 1233-21 et suivants](#) dans le cadre d'une procédure applicable aux grands licenciements pour motif économique.

Par principe, c'est au niveau où la négociation se tient que l'accord de méthode peut être conclu. En outre, l'accord de méthode peut être conclu pour une négociation en particulier ou peut fixer un cadre général applicable à l'ensemble des négociations collectives qui ont lieu à ce niveau.

La visée d'un tel accord est de permettre aux parties à la négociation de se mettre d'accord, en amont, sur la manière dont elles entendent négocier et le comportement qu'elles attendent des autres protagonistes. Ainsi l'article [L. 2222-3-1](#) indique que la méthode ainsi décidée par les parties à l'accord vise à permettre "à la négociation de s'accomplir dans des conditions de loyauté et de confiance mutuelle entre les parties".

A cette fin, l'accord précise la nature des informations partagées entre les négociateurs 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.

Le dernier alinéa 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 ».

La formulation de cette disposition légale est source d'ambiguïté, pour ne pas dire de confusion. En effet, de deux choses l'une. Soit la méconnaissance de l'accord n'est pas sanctionnée par la nullité et dans ce cas il définit des conditions de négociation autre que celles qui se rapportent à l'exigence de loyauté. Soit l'accord a pour objet de fixer les conditions de loyauté et de confiance mutuelle entre les parties et alors violer l'accord signifie ne pas avoir respecté le principe de loyauté. Il y a donc bien une contradiction dans l'énoncé de la règle légale : comment la violation de l'accord de méthode pourrait-elle ne pas affecter la validité de l'accord conclu ? Soit l'objet de l'accord est différent du principe de loyauté dont le juge, seul, fixe ce qu'il recouvre. Alors, l'accord de méthode ne ferait que vider le principe de loyauté de sa substance, privant les salariés d'une garantie fondamentale apportée au droit à la négociation collective.

Par ailleurs, s'il existe un intérêt de cet accord, celui-ci réside dans le fait de permettre aux protagonistes de se mettre d'accord sur les règles du jeu auquel ils participent. Il s'agit d'insuffler au droit de la négociation collective l'idée de mutuelle reconnaissance et d'autonomie collective, donnant aux négociateurs la main sur le déroulement des négociations et pourquoi peser un peu plus dans le rapport de force. Mais dans ce cas, pourquoi habilitier les négociateurs de branche à prévoir les modalités de négociation dans l'entreprise en concluant un tel accord de méthode ([C. trav., art. L. 2222-3-2](#)). Ce niveau de négociation ne paraît pas adapté pour définir des conditions de négociation à froid et sans considération du paysage syndical dans l'entreprise. Et si l'idée était de donner aux négociateurs des garanties minimales visant à assurer le droit des salariés à la négociation collective, n'était-ce pas au législateur de le faire. N'y aurait-il d'ailleurs pas une incompétence négative à ne pas avoir défini lui-même les garanties légales à l'exercice d'un droit à valeur constitutionnelle ?

B - L'invitation à négocier

Une convention ou un accord d'entreprise ne peut pas être conclu sans que l'ensemble des parties intéressées n'ait été invité à le négocier. Cette règle est devenue un principe du droit de la négociation collective et concerne tous les accords collectifs. Toutefois, il est apparu pour la première au niveau de l'entreprise, d'abord en matière préélectorale (Cass. 2^{ème} civ., 15 juin 1961, *Bull. civ. II*, n° 454), plus tard pour les accords collectifs régis par le droit commun. Elle sera tout d'abord reconnue dans le cadre de l'obligation de négocier sur le fondement de

l'actuel article [L. 2242-1](#) du Code du travail (Cass. soc., 1^{er} juin 1994, *Bull. civ. V*, n° 194). Elle acquerra plus tard la valeur d'un véritable principe général du droit de la négociation collective.

Exemple

Cass. soc., 26 mars 2002, *Bull. civ. V*, n° 107 :

« Sur le moyen unique :

Attendu que, le 15 octobre 1987, dix-sept sociétés du groupe Sanofi constituant au sein de ce groupe la branche Pharmacie ont conclu avec les syndicats CFDT, CFTC, CGC et SNPADV un accord collectif dénommé " Convention Sanofi branche Pharmacie (CSBP) " ; que l'accord a été complété par un accord en date du 29 mai 1990 sur la base duquel est intervenue une modification de l'accord initial entrée en vigueur le 30 octobre 1991 ; qu'en juin 1994 des négociations ont été engagées en vue de réviser les dispositions concernant les personnels de la fonction visite médicale qui ont abouti à la conclusion le 25 novembre 1994 d'un avenant de révision ; que le syndicat FO Sanofi et la Fédération nationale de la pharmacie FO ont fait assigner les sociétés du groupe Sanofi entrant dans le champ d'application de la CSBP aux fins de voir déclarer nul et de nul effet l'avenant de révision en date du 25 novembre 1994 ; [...]

Mais attendu qu'en application des dispositions combinées des articles L. 132-7 et L. 132-19 du Code du travail, tous les syndicats représentatifs qui ont un délégué syndical dans l'entreprise doivent être appelés à la négociation des conventions et accords collectifs d'entreprise, y compris lorsque la négociation porte sur des accords de révision ; que, toutefois, ces derniers ne peuvent être conclus qu'avec les organisations syndicales signataires de la convention ou de l'accord initial et, le cas échéant, avec les organisations syndicales non-signataires sous condition qu'elles aient préalablement adhéré à ladite convention ou audit accord collectif ; qu'il en résulte que l'accord de révision conclu avec les seuls syndicats signataires de la convention ou de l'accord collectif sans que les autres syndicats représentatifs dans l'entreprise aient été convoqués en vue de la négociation est nul ; que la cour d'appel, qui a constaté que le syndicat FO et la Fédération nationale de la pharmacie FO Sanofi, non-signataires de l'accord collectif révisé, n'avaient pas été convoqués à sa négociation, a légalement justifié sa décision ;

Par ces motifs : REJETTE le pourvoi. »

Cette règle dispose même d'un ancrage constitutionnel.

Exemple

En effet dans un arrêt du 17 septembre 2003, la Cour de cassation affirmera que « c'est le droit constitutionnel de tous les salariés à la négociation collective qui implique nécessairement le droit, pour chaque organisation syndicale représentative, d'être partie prenante à la négociation, initialement et ultérieurement, lors de révisions éventuelles ».

Elle assure l'effectivité du droit des salariés à la négociation collective. Cette obligation est aussi la conséquence de l'interdiction faite à l'employeur de créer des différences de traitement entre organisations syndicales. Elle garantit enfin la loyauté des négociations en permettant aux organisations qui représentent les salariés d'exprimer et de défendre leurs intérêts et d'ainsi être en mesure de participer au processus décisionnel.

Ce sont ces raisons qui expliquent aussi que l'employeur ne soit pas entièrement libre de décider du périmètre des négociations. En principe, la négociation a lieu au niveau de l'entreprise. Cela étant, il est possible de décider soit de centraliser la négociation au niveau du groupe soit, au contraire, de la décentraliser à l'échelle des établissements. S'agissant de la possibilité de centraliser les négociations à l'échelle du groupe, cette possibilité a été facilitée à la suite de la loi du 8 août 2016. Désormais, la loi dispose que « 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 » (C. trav., art. [L. 2232-33](#)). Et dès lors que la négociation est engagée au niveau du groupe, les entreprises du groupe sont alors dispensées de l'obligation de négocier. A *fortiori*, elles sont réputées avoir respecté leur obligation de négocier dès lors qu'elles appliquent l'accord conclu à l'échelle du groupe. Quant à la possibilité inverse de décentraliser les négociations obligatoires, cette possibilité est davantage conditionnée. Selon une

jurisprudence constante, « *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* » (Cass. soc., 21 mars 1990, n° 88-14.794 ; Cass. soc., 12 juillet 2016, n° 14-25.794).

Cela étant, dans le cadre des négociations obligatoires, il revient à l'accord de procédure visé à l'article L. 2242-11 de définir les modalités selon lesquelles se dérouleront les futures négociations. L'accord de procédure peut prévoir que la négociation obligatoire ait lieu au niveau des établissements. Dans ce cas, l'accord est opposable à l'ensemble des organisations syndicales sans que ces dernières ne puissent s'y opposer et exiger de la part de l'employeur qu'il ouvre les négociations au niveau de l'entreprise tout entière (Cass. soc., 3 avril 2024, n° 22-15.784).

Ajoutons encore, et toujours à défaut d'accord, que les dispositions supplétives précisent la périodicité selon laquelle l'employeur doit inviter les organisations syndicales représentatives.

Elle précise en outre les droits des organisations syndicales en cas de carence de l'employeur. Ainsi, l'article L. 2242-13 dispose qu' :« à 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. La demande de négociation formulée par l'organisation syndicale est transmise dans les huit jours par l'employeur aux autres organisations représentatives. Dans les quinze jours qui suivent la demande formulée par une organisation syndicale, l'employeur convoque les parties à la négociation ».

Il est étonnant que ces dispositions relèvent des dispositions supplétives alors qu'elles ont vocation à définir la procédure par laquelle les organisations syndicales peuvent mettre fin au manquement de l'employeur. Faut-il considérer qu'elles ne disposent pas d'un tel pouvoir d'initiative dans le cas où un accord de procédure serait conclu et ne le prévoirait pas ?

Ajoutons enfin, et toujours au titre des dispositions supplétives, que 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.

C - Le déroulement des négociations

1. L'interdiction des négociations séparées

Là encore, l'instauration d'une négociation annuelle obligatoire et l'encadrement légal de la procédure de négociation dans cette hypothèse ont facilité l'interdiction de certaines pratiques patronales qui avaient cours pendant les négociations. Ainsi a-t-il été décidé que le juge pouvait mettre fin à la discrimination dont était victime un syndicat dans le cadre de la négociation annuelle obligatoire. À cette fin, il pouvait enjoindre l'employeur de convoquer ledit syndicat à la négociation, lui transmettre le calendrier des négociations et lui communiquer toutes les informations en lien avec l'objet de la négociation. Plus tard, dans un arrêt du 9 juillet 1996, la Cour de cassation semble décider que des syndicats qui avaient participé à la négociation d'un accord collectif étaient recevables à en demander la nullité. *A contrario* l'accord ne pouvait être annulé dès lors que « *la négociation avait été menée jusqu'à son terme par l'employeur avec toutes les organisations syndicales qui avaient pu constamment exprimer leurs propositions, motiver leur refus, formuler des contre-propositions dont certaines ont été retenues* ».

Exemple

Cass. soc., 9 juillet 1996 (premier moyen), RJS, 1996, n° 953 :

« *Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société IBM France a invité les organisations syndicales représentatives à négocier un accord d'entreprise pour la sauvegarde de l'emploi et a établi un calendrier des négociations du 13 janvier 1994 au 10 février 1994, le syndicat national IBM ayant seul signé l'accord le 11 février 1994 ;*

Sur le premier moyen :

Attendu que la Fédération générale des mines et de la métallurgie CFDT, la Fédération des cadres métallurgie CGE-CGC et la Fédération générale de la métallurgie CFTC font grief à l'arrêt attaqué de les avoir déboutées de leur demande en nullité de l'accord d'entreprise du 11 février 1994, alors, selon le moyen, d'abord, qu'il résulte des constatations de l'arrêt attaqué que au cours des quinze réunions prévues, le système de rémunération flexible, objet de l'accord litigieux, n'avait été évoqué que lors de la onzième réunion et que ce n'était qu'à la dernière réunion du 10 février 1994 que la direction avait formulé ses propositions finales, précisant que le document d'accord d'entreprise serait disponible pour signature dans la journée du lendemain ; que, ce jour-là, l'accord d'entreprise n'avait pas été, pour des raisons techniques, diffusé au même moment à l'ensemble des organisations syndicales concernées, mais que les organisations syndicales intéressées avaient eu la possibilité d'étudier le projet après la signature du syndicat national autonome ; que s'en déduit nécessairement l'absence pour les organisations syndicales de possibilité de faire des propositions, de ce chef, de motiver leur refus et de formuler des contre-propositions ; qu'en s'abstenant de tirer de ses constatations les conséquences légales nécessaires la cour d'appel a violé les articles L. 132-19 et L. 412-2 du Code du travail ; alors, en outre, qu'en l'état de ces constatations la cour d'appel ne pouvait ensuite, sans se contredire, affirmer qu'au cours des huit séances de négociation les parties avaient négocié de bonne foi et tenté de trouver un accord, notamment sur la mise en place d'un salaire flexible ; que, de ce chef, elle n'a pas satisfait aux exigences de l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ; alors, en tout cas, qu'il n'a pas été répondu aux conclusions des organisations syndicales demanderesse selon lesquelles, pour la première fois, des précisions relatives à la "rémunération flexible" avaient été apportées par la direction à la réunion du 10 février, présentées, selon le procès-verbal de la réunion, vers 22 heures, le document d'accord d'entreprise devant être disponible pour signature dans la journée du 11 février ; que, cependant, il n'était toujours pas disponible le lendemain 20 heures, de sorte que certains représentants syndicaux n'en avaient eu connaissance que le lundi matin, 14 février ; qu'entre-temps, à un moment indéterminé, entre le vendredi 20 heures et le lundi 11 heures, l'accord avait été signé par une seule organisation syndicale, le SNA ; qu'ainsi la consultation des salariés n'avait pu avoir lieu et que la signature du SNA, acquise dans une clandestinité complète, avait mis un terme à toute possibilité de véritable négociation ; qu'ainsi la cour d'appel n'a pas, derechef, satisfait aux exigences de l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu que, répondant aux conclusions et après avoir relevé que la négociation avait été menée jusqu'à son terme par l'employeur avec toutes les organisations syndicales qui avaient pu constamment exprimer leurs propositions, motiver leur refus, formuler des contre-propositions dont certaines ont été retenues, la cour d'appel a exactement décidé que la négociation avait été régulièrement menée et que la validité de l'accord n'était pas subordonnée à la signature de l'ensemble des organisations syndicales ; que le moyen n'est pas fondé ; ».

Des arrêts plus récents montrent que les juges imposent moins désormais une procédure à suivre et se contentent de sanctionner les négociations séparées. La Cour de cassation a formulé cette interdiction dans deux arrêts des 12 octobre 2006 et 10 octobre 2007. Dans la première décision, les négociations séparées ne sont sanctionnées que si les modifications apportées après la dernière réunion de négociation ont été contestées avant l'expiration du délai de signature et que la réouverture des négociations a été sollicitée. Dans la seconde décision, la solution diverge un peu. L'accord encourt l'annulation « si l'existence de négociations séparées est établie ou encore si [toutes les organisations syndicales] n'ont pas été mises à même de discuter les termes du projet soumis à la signature en demandant le cas échéant la poursuite des négociations jusqu'à la procédure prévue pour celle-ci ». En l'espèce, l'accord est annulé : alors qu'aucune procédure de signature n'était prévue, l'accord signé par deux organisations syndicales était différent de celui discuté lors de la dernière réunion de négociation.

La confrontation de ces deux arrêts montre que la Cour de cassation est attentive à deux choses. En premier lieu, elle vérifie que les syndicats ont été mis en mesure de connaître les termes de l'accord soumis à la conclusion. Dans cette perspective, l'existence d'une procédure de conclusion ou, plus simplement, d'un délai pendant lequel l'accord peut être conclu, permet aux syndicats de prendre connaissance des modifications *in extremis* apportées à l'accord. La modification apportée en dehors de la négociation n'est donc pas interdite, même lorsqu'elle est unilatérale. Cette solution peut faire craindre que la négociation se résume alors à une simple adhésion d'un texte préalablement arrêté.

En second lieu, elle s'oppose à la pratique des négociations séparées. Dans ce cas, l'accord doit être annulé. La difficulté tient alors essentiellement à rapporter la preuve. Il s'agit de sanctionner une pratique patronale déloyale qui consiste à jouer des divisions syndicales et à écarter les organisations syndicales jugées hostiles ou trop critiques à l'égard de l'employeur. Une nouvelle fois, la pratique déloyale se confond avec une différence de traitement entre organisations syndicales contraire à l'article [L. 2141-7](#) du Code du travail.

2. L'issue des négociations

Il est usuel de rappeler qu'une obligation de négocier n'est jamais une obligation de conclure de sorte qu'à l'issue des négociations les parties sont libres de conclure ou non l'accord objet de la négociation.

Cette liberté, au cœur de la liberté conventionnelle, est toutefois limitée par l'exigence de loyauté des négociations. Dans la phase finale du processus des négociations obligatoires, l'exigence de loyauté est garantie au travers d'un certain formalisme imposé à l'employeur.

Aux termes de l'article [L. 2242-5 du Code du travail](#), si, au terme de la négociation, aucun accord n'a été conclu, il est établi un procès-verbal de désaccord dans lequel sont consignées, en leur dernier état, les propositions respectives des parties et les mesures que l'employeur entend appliquer unilatéralement.

Ce procès-verbal donne lieu à dépôt, à l'initiative de la partie la plus diligente. Généralement elle est effectuée par la partie patronale dans la mesure où cela lui permet d'attester du respect de son obligation de négocier.

Exemple

Un [arrêt du 15 avril 2026 \(n° 24-15.653\)](#) a jugé que les négociations obligatoires ne peuvent être considérées comme ayant pris fin avant l'établissement d'un procès-verbal de désaccord. En l'espèce, le syndicat SNB avait saisi les juges d'une demande en réparation après que l'employeur ait dressé un PV de désaccord alors même que le syndicat SNB avait donné son accord aux dernières propositions de la direction, accord que la direction a ignoré en arguant qu'il avait été exprimé après la date ultime des négociations. Alors que la cour d'appel avait débouté le syndicat de sa demande, la Cour de cassation estime que les négociations étaient encore en cours de sorte que l'employeur ne pouvait dresser un PV de désaccord. Et pourrions ajouter que ce faisant, l'employeur a manqué à son obligation de négocier en prenant une décision unilatérale au cours de la négociation ce que prohibe l'article [L. 2242-4](#) du Code du travail également au visa de l'arrêt.

Pour autant, il résulte aussi de cette décision que la liberté de ne pas contracter de l'employeur lui laisse entier le droit de refuser de conclure un accord avec un syndicat minoritaire quand bien même ce dernier dispose de plus de 30 % des suffrages exprimés, condition suffisante pour conclure un accord d'entreprise, sous réserve de validation par les salariés, sauf à réussir à prouver un abus du droit ne pas conclure d'accord, notamment en rapportant une fraude aux règles de majorité, ou une entrave à l'action syndicale, preuve pour le moins délicate à rapporter.

Au-delà des points de droit soulevés par l'arrêt, celui-ci illustre bien les difficultés qui sont nées de la procéduralisation de la conclusion de l'accord. Sur la dimension purement temporelle, on constate que là où la conclusion de l'accord se concrétisait par la signature d'un accord par les syndicats représentatifs et l'ultime étape du processus de négociation, désormais, du fait des modalités de l'exigence majoritaire; la conclusion de l'accord s'inscrit dans une temporalité qui devient aussi longue que la négociation elle-même. Par ailleurs, l'arrêt donne à avoir les conséquences que cela peut avoir sur le rapport de force entre employeur et syndicat : sauf abus démontré, l'employeur peut désormais jouer de l'exigence majoritaire pour parvenir à ses fins en exerçant une « amicale pression » sur les syndicats pour conclure un accord majoritaire sur la base des dernières propositions de l'employeur.

Remarque

NB : il ya donc lieu de prendre d'articuler l'exigence de loyauté et de la liberté de ne pas conclure avec les règles de validité des accords d'entreprise issues de l'article [L. 2232-12](#) du Code du travail.

§3 : La sophistication du processus décisionnel dans l'entreprise

Ainsi promue et encadrée par le droit du travail, la négociation collective confère au processus décisionnel une plus grande légitimité, car elle laisse la possibilité et les temps aux représentants des salariés de s'exprimer sur les décisions qui sont susceptibles de les affecter. La dimension temporelle constitue d'ailleurs une dimension importante dans la volonté de légitimer le processus décisionnel dans l'entreprise, car la succession de procédures de négociation et/ou de consultation a pour effet de tempérer l'unilatéralisme du pouvoir de l'employeur : elles l'encadrent en obligeant ce dernier à exposer les raisons de son action et à prendre en compte l'intérêt des salariés. On retrouve ici l'arrêté déjà évoqué du 5 mai 1998 dans lequel la Cour de cassation impose l'employeur de consulter le comité d'entreprise au cours des négociations. Ainsi institue-t-elle une « navette » (référence à la navette parlementaire) permettant à l'ensemble des représentants des salariés d'exprimer leur avis. Il faut alors penser l'obligation d'informer et de consulter au-delà du pouvoir de l'employeur et l'inscrire plus largement dans la construction des processus décisionnels rationnels dans l'entreprise .

En savoir plus : Pour approfondir

P.-Y. Verkindt, « De la consultation à la négociation : question de procédure », *Dr. soc.* 1998, p. 324 et spéc. p. 328. L'auteur voit notamment dans la rationalité et la complétude des informations une garantie apportée à la qualité et à la rationalité de la décision

Remarque

Cette imbrication est également très présente dans le droit de l'Union européenne. Ainsi, en vertu de la directive 2002/14-CE établissant un cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs, l'information est définie par la transmission par l'employeur de données aux représentants des travailleurs afin de leur permettre de prendre connaissance du sujet traité et de l'examiner. La consultation consiste quant à elle dans l'échange de vues et l'établissement d'un dialogue entre les représentants des travailleurs et l'employeur. L'article 4 de la directive précise néanmoins que, sur les décisions susceptibles d'entraîner des modifications importantes dans l'organisation du travail ou dans les contrats de travail, la consultation a lieu « en vue de parvenir à un accord ». Il arrive même que l'obligation de consultation aille de pair avec une obligation de négociation (CJCE, 27 janvier 2005, [C-188/03](#), Junk (§ 42-43)).

Cette articulation fondée sur une logique de complémentarité a été largement remise en question par la loi du 17 août 2015. Cette dernière a en effet supprimé l'obligation faite à l'employeur de consulter le comité d'entreprise préalablement à la conclusion d'un accord collectif. Le législateur a en effet entendu restitué au principe de participation sa dualité, articulation négociation et consultation sur un mode alternatif. Règle qui a été reprise par les ordonnances de 2017. S'agissant du comité social et économique, l'article [L. 2312-14](#) dispose en effet que « *Les projets d'accord collectif, leur révision ou leur dénonciation ne sont pas soumis à la consultation du comité* ».

Il n'en reste pas moins des hypothèses où le comité social et économique est appelé à intervenir dans le processus de négociation, en particulier lorsqu'il est appelé à désigner un expert-comptable assistant les négociateurs. Tel est le cas dans le cadre de la négociation du plan de sauvegarde de l'emploi ou d'un accord de performance collective.

Et à une plus longue échelle, il n'est plus rare que le législateur invite les négociateurs à ouvrir la négociation sur la base de la consultation du comité social et économique. Ainsi en est-il de la négociation sur la gestion de l'emploi et des parcours professionnels et la consultation annuelle sur la stratégie économique de l'entreprise et ses conséquences sur l'emploi. Inversement, c'est parfois la négociation qui organise les processus de consultation.

Le Code du travail le prévoit notamment dans le cadre des procédures applicables aux licenciements de plus de dix salariés. Cela ressort également de la directive sur le comité d'entreprise européen que « *l'information et la consultation des travailleurs sont assurées, pour l'essentiel, par un **système de négociation*** » (CJCE, 29 mars 2001, Aff. [C-62/99](#), Bofrost, point 29 ; CJCE, 13 janvier 2004, Aff. [C-440/00](#), Khüne et Nagel, point 40 ; CJCE, 15 juillet 2004, Aff. [C-349/01](#), A.D.S. Anker GmbH, point 46). La négociation occupe alors une fonction

organisationnelle et l'accord se veut de type relationnel. L'instauration d'une procédure négociée permet de se mettre d'accord sur les "règles du jeu", voire de s'accorder sur le périmètre du "terrain de jeu". La négociation rend le processus décisionnel à la fois légitime et prévisible pour les personnes qui y participent ou qui sont concernées. Or, légitimité et prévisibilité sont précisément les deux éléments qui se rencontrent dans l'idée de loyauté, car légitimer n'est pas le seul but de la promotion de la négociation d'entreprise. Celle-ci est également perçue comme un facteur d'efficacité économique dans une logique intégrative et organisationnelle.

Section 3 : La négociation collective organisationnelle

De plus en plus, la négociation collective est l'instrument par lequel sont régis les processus décisionnels internes à l'entreprise.

De manière purement procédurale, l'accord collectif a vocation à encadrer les procédures d'information et de consultation préalables aux décisions prises par l'employeur. Autrement dit, la norme négociée détermine les règles préalables à la discussion entre employeurs et salariés dans l'entreprise. De manière plus substantielle, la négociation d'entreprise est mise au service « d'un projet d'entreprise », qui lui confère un caractère non seulement organisationnel mais aussi « intégratif », qui n'est pas sans rappeler la conception institutionnelle de l'entreprise.

Tel est le cas en particulier de la gestion de l'emploi qui est au cœur des processus négociés dans l'entreprise promus par le législateur. Dialogue social et emploi : deux mots qui semblent être devenus indissociables. L'un serait le moyen ; l'autre serait la fin. Il est vrai que plus la production des normes sociales se décentralisent vers l'entreprise, plus il devient nécessaire de faire de celle-ci comme un espace normatif légitime. Cela suppose, non pas seulement d'imposer un principe majoritaire et un principe de loyauté au stade de l'élaboration des normes conventionnelles. Cela suppose encore de charger l'entreprise d'une mission d'intérêt général : l'accord collectif devient ainsi un instrument de préservation de l'emploi ; un instrument au service des politiques de lutte contre le chômage.

La négociation collective organisationnelle peut intervenir "à froid", dans un contexte de gestion normale de l'emploi (I), ou "à chaud", dans le cadre de restructuration (II). Si la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences relève de la première catégorie et les accords contenant un PSE (plan de sauvegarde de l'emploi) dans la seconde, il faut néanmoins observer l'existence d'un entre-deux où la gestion prévisionnelle peut devenir préventive voire offensive dans un contexte économique difficile.

§1 : Les accords de gestion prévisionnelle de l'emploi (ou accords de gestion de l'emploi et des parcours professionnels)

La GPEC se réalise juridiquement selon une approche qui se veut d'abord procédurale. En effet, le législateur a choisi, non pas de dire ce qu'est la GPEC, mais d'instaurer un processus décisionnel obligatoire et continu dans l'entreprise de manière à imposer à l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de gestion la prise en compte des conséquences sur l'emploi.

Introduite en 2003 à titre expérimental, l'obligation de négocier est instituée par la loi du 18 janvier 2005 dite de cohésion sociale.

Envisagé d'abord comme un instrument de prévention des licenciements pour motif économique, la question va rapidement de poser de leur articulation.

La Cour de cassation va trancher dans le sens d'une dissociation.

Exemple

Ainsi va-t-elle juger que « *la régularité de la consultation du comité d'entreprise sur un projet de licenciement économique n'est pas subordonnée au respect préalable par l'employeur de l'obligation de consulter le comité d'entreprise sur l'évolution annuelle des emplois et des qualifications prévue par l'article L. 2323-56 du code du travail ni de celle d'engager tous les trois ans une négociation portant sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences imposée par l'article 2242-15 du même code* » ([Cass. soc., 30 septembre 2009, n° 07-20.525](#)).

La loi de sécurisation de l'emploi de 2013 va redonner un nouveau souffle à la GPEC, à la fois en enrichissant le contenu de l'obligation de négocier. Dans la lignée, en mars 2014, la loi ajoutera encore à l'édifice la faculté de négocier les grandes orientations régissant l'élaboration du plan de formation (renommé dans la loi depuis 2018, plan de développement des compétences) et l'obligation pour l'employeur de consulter le comité d'entreprise, aujourd'hui le CSE, sur les questions qui n'ont pas fait l'objet d'un accord. Depuis 2015, la loi impose l'obligation de consulter le comité d'entreprise, aujourd'hui le CSE, sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences et sur les orientations de la formation professionnelle dans le cadre la consultation sur les orientations stratégiques.

Remarque

Notons toutefois qu'aux termes de l'article L. 2312-14, alinéa 3, du code du travail, les entreprises ayant conclu un accord relatif à la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences ne sont pas soumises, dans ce domaine, à l'obligation de consultation du comité social et économique. Cela ne signifie pas que le CSE ne sera jamais appelé à intervenir. Comme l'a jugé la Cour de cassation, demeurent « *soumises à consultation les mesures ponctuelles intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise au sens de l'article L. 2312-8 du code du travail, notamment celles de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, quand bien même elles résulteraient de la mise en œuvre de l'accord de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences* » ([Cass. soc., 29 mars 2023, n° 21-17.729](#)).

Progressivement, la GPEC n'est plus tant le nom donné à un objectif vers lequel tendrait l'entreprise. Il s'agit plutôt d'un processus décisionnel, inscrit dans le long et le moyen termes, qui se déroule au sein de l'entreprise ou du groupe et qui a pour objet l'évolution de l'emploi au regard des évolutions économiques de l'entreprise. La temporalité de ce processus est en effet au cœur des règles récentes introduites dans le Code du travail, que ce soit celles relatives à :

- la base de données économiques et sociales dont l'actualisation doit être régulière et dont l'accès est permanent ([C. trav., art. L. 2312-18](#)).
- Les consultations du comité social et économique qui ont lieu tous les ans, en particulier celles relatives aux orientations stratégiques de l'entreprise et à la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi
- Les négociations dont la périodicité est prévue tous les trois ans.

L'ordonnance du 22 septembre 2017 s'inscrit dans le sillon qui a été tracé par la loi de sécurisation de l'emploi de 2013 et la loi relative au dialogue social et à l'emploi de 2015, ces dernières ayant souhaité faire de la GPEC un processus continu dans l'entreprise où s'imbriquent étroitement les procédures de consultation et les procédures de négociation collective. Marquant un pas de plus, l'ordonnance de 2017 a souhaité que ce processus soit lui-même négocié, en permettant aux interlocuteurs sociaux de définir eux mêmes le calendrier, la périodicité, les thèmes et les modalités de négociation dans le groupe, l'entreprise ou l'établissement ([C. trav., art. L. 2242-10](#)). Ainsi les thèmes de négociation définis par la loi ne s'imposent à l'employeur que pour autant qu'aucun accord de procédure n'ait été conclu. Ce sont des dispositions supplétives.

Il existe **deux cadres principaux de discussion** : la consultation périodique du CSE et la négociation sur la GPEC, rebaptisé dans la loi gestion de l'emploi et des parcours professionnels, et qu'il convient d'articuler.

- Les consultations périodiques du CSE :

- Celle sur les orientations stratégiques de l'entreprise ;
- Celle sur la politique social et de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi.

- **La négociation triennale**, auparavant appelée négociation sur la GPEC, et depuis 2015, négociation sur la gestion de l'emploi et des parcours professionnels.

Art. [L. 2242-20](#) :

« Dans les entreprises et les groupes d'entreprises au sens de l'article L. 2331-1 d'au moins trois cents salariés, ainsi que dans les entreprises et groupes d'entreprises de dimension communautaire au sens des articles L. 2341-1 et L. 2341-2 comportant au moins un établissement ou une entreprise de cent cinquante salariés en France, l'employeur engage tous les trois ans, notamment sur le fondement des orientations stratégiques de l'entreprise et de leurs conséquences mentionnées à l'article L. 2323-10, devenu L. L2312-24, une négociation sur la gestion des emplois et des parcours professionnels et sur la mixité des métiers portant sur : [...] ».

Art. [L. 2312-16](#) :

« I.- La consultation annuelle sur la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi porte sur l'évolution de l'emploi, les qualifications, le programme pluriannuel de formation, les actions de formation envisagées par l'employeur, l'apprentissage, les conditions d'accueil en stage, les actions de prévention en matière de santé et de sécurité, les conditions de travail, les congés et l'aménagement du temps de travail, la durée du travail, l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et les modalités d'exercice du droit d'expression des salariés dans les entreprises non couvertes par un accord sur l'égalité professionnelle et la qualité de vie au travail contenant des dispositions sur ce droit. »

Art. [L. 2312-24](#) :

« Le comité social et économique est consulté sur les orientations stratégiques de l'entreprise, définies par l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance de l'entreprise, et sur leurs conséquences sur l'activité, l'emploi, l'évolution des métiers et des compétences, l'organisation du travail, le recours à la sous-traitance, à l'intérim, à des contrats temporaires et à des stages. Cette consultation porte, en outre, sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences et sur les orientations de la formation professionnelle. »

Sauf accord de procédure, la loi définit 12 sous-thèmes de négociations. 6 sont mentionnés à titre principal en application des dispositions supplétives et six sont évoqués de manière facultative.

Sont obligatoires :

Art. [L. 2242-20](#) :

« Dans les entreprises et les groupes d'entreprises au sens de l'article L. 2331-1 d'au moins trois cents salariés, ainsi que dans les entreprises et groupes d'entreprises de dimension communautaire au sens des articles L. 2341-1 et L. 2341-2 comportant au moins un établissement ou une entreprise de cent cinquante salariés en France, l'employeur engage tous les trois ans, notamment sur le fondement des orientations stratégiques de l'entreprise et de leurs conséquences mentionnées à l'article L. 2323-10, une négociation sur la gestion des emplois et des parcours professionnels et sur la mixité des métiers portant sur :

1° 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 ;

2° 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 ;

3° 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 pendant la période de validité de l'accord ainsi que les critères et modalités d'abondement par l'employeur du compte personnel de formation ;

4° 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 ;

5° 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 ;

6° Le déroulement de carrière des salariés exerçant des responsabilités syndicales et l'exercice de leurs fonctions.

Un bilan est réalisé à l'échéance de l'accord. »

À ces six thèmes s'en ajoutent six autres qui, quant à eux, ne sont que facultatifs.

L'accord peut donc également prévoir :

- Un accord de méthode applicable en cas d'engagement d'une procédure d'un grand LME [survivance sans doute de l'époque où la GPEC et le droit du LME étaient mal différenciés ;
- La qualification des catégories d'emploi menacé ;
- L'association des entreprises sous-traitante au dispositif de GPEC ;
- Les conditions dans l'entreprise participent aux actions de GPEC à l'échelle des territoires ? GPEC territoriale ;
- Mise en place des congés mobilités ;
- La formation et l'insertion durable des jeunes dans l'emploi, l'emploi des salariés âgés et la transmission des savoirs et des compétences, les perspectives de développement de l'alternance, ainsi que les modalités d'accueil des alternants et des stagiaires et l'amélioration des conditions de travail des salariés âgés.

Art. [L. 2242-21](#) :

« La négociation prévue à l'article L. 2242-20 peut également porter :

1° Sur les matières mentionnées aux articles L. 1233-21 et L. 1233-22 selon les modalités prévues à ce même article ;

2° Sur la qualification des catégories d'emplois menacés par les évolutions économiques ou technologiques ;

3° Sur les modalités de l'association des entreprises sous-traitantes au dispositif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences de l'entreprise ;

4° Sur 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 ;

5° Sur la mise en place de congés de mobilités dans les conditions prévues par les articles L. 1237-18 et suivants ;

6° Sur la formation et l'insertion durable des jeunes dans l'emploi, l'emploi des salariés âgés et la transmission des savoirs et des compétences, les perspectives de développement de l'alternance, ainsi que les modalités d'accueil des alternants et des stagiaires et l'amélioration des conditions de travail des salariés âgés. »

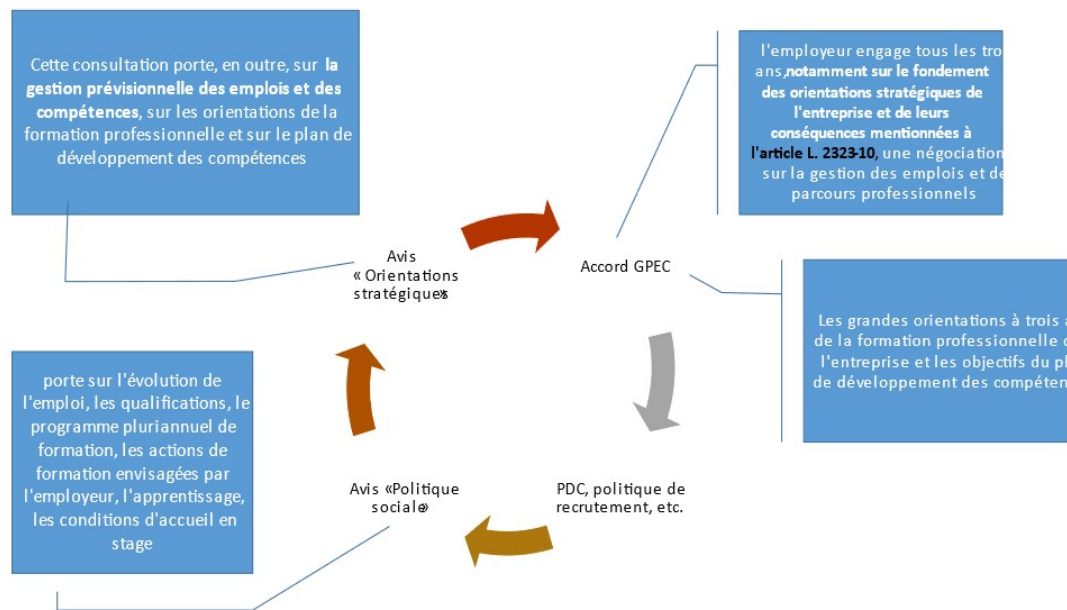
À ces six thèmes facultatifs, il convient d'ajouter la possibilité de négocier une rupture conventionnelle collective (RCC).

Art. [L. 1237-17](#) :

« Un accord collectif portant gestion prévisionnelle des emplois et des compétences ou rupture conventionnelle collective peut définir les conditions et modalités de la rupture d'un commun accord du contrat de travail qui lie l'employeur et le salarié.

Ces ruptures, exclusives du licenciement ou de la démission, ne peuvent être imposées par l'une ou l'autre des parties. Elles sont soumises aux dispositions de la présente section. »

Le nouveau cadre juridique de la GPEC, rebaptisée d'ailleurs gestion de l'emploi et des parcours professionnels, renforce ainsi l'effet puissant de légitimation de la négociation collective : les décisions de l'employeur en matière d'emploi ne sont plus la seule marque de l'exercice de pouvoir de direction économique. Elles deviennent, en présence d'un accord de GPEC, la mise en œuvre de choix négociés et discutés avec les représentants des salariés.



50

L'encadrement juridique du processus décisionnel de la GPEC.

Pour autant, il y a lieu de bien distinguer ce qui relève de la sphère du négociable et de la sphère du décidable, en particulier pour déterminer s'il est nécessaire ou non de consulter le comité social et économique.

Exemple

Ainsi dans un arrêt rendu le 21 septembre 2022, la Cour de cassation a jugé sur le fondement des articles L. 2312-8 et L. 2312-37 du code du travail que « la consultation ponctuelle sur la modification de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise ou en cas de restructuration et compression des effectifs n'est pas subordonnée au respect préalable par l'employeur de l'obligation de consulter le comité social et économique sur les orientations stratégiques de l'entreprise » (Cass. soc., 21 septembre 2022, 20-23.660 (publié au bulletin et au rapport)).

Plus récemment, elle a toutefois considéré que « si, en présence d'un accord relatif à la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, le comité social et économique n'a pas à être consulté sur cette gestion prévisionnelle dans le cadre de la consultation récurrente sur les orientations stratégiques, sont, en revanche, soumises à consultation les mesures ponctuelles intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise au sens de l'article L. 2312-8 du code du travail, notamment celles de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, quand bien même elles résulteraient de la mise en œuvre de l'accord de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences » (Cass. soc., 29 mars 2023, n° 21-17729).

Cet effet de légitimation est aussi présent lorsque l'on analyse les dispositifs négociés mis en place à l'occasion de restructurations dans l'entreprise.

§2 : Les accords collectifs conclus dans le cadre d'une réorganisation de l'entreprise

C'est en matière de licenciement pour motif économique que pour la première fois sont apparus les dérogations par voie d'accord d'entreprise aux règles légales relatives à la représentation des salariés. Tel était en effet le particularité des accords de méthode institués en 2003 dans le cadre des procédures de licenciements pour motif économique. Depuis 2013, C'est l'ensemble du projet de restructuration destructeur d'emplois qui est ouvert à la négociation collective (A).

Par ailleurs, l'emploi est devenu un argument pour vaincre la résistance du salarié et tempérer la force obligatoire du contrat individuel de travail. Ainsi cherche-t-on à imposer aux salariés des renonciations, que ce soit en terme de salaire ou de temps de travail, dès lors qu'ils sont le fait d'une négociation collective menée au nom du maintien, de la préservation ou du développement de l'emploi.

Remarque

A lire : P. Ancel, "L'articulation du contrat de travail et des accords collectifs au regard de la force obligatoire du contrat", *RDT* 2016, p. 240.

A - Les accords de méthode conclus dans le cadre d'une procédure de licenciement pour motif économique

Parmi les accords de procédure certains ont pour objet de rationaliser l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur. Ce sont les accords dits de méthode.

Reconnus à titre expérimental par la loi du 13 janvier 2003, puis pérennisés par la loi du 18 janvier 2005, les accords de méthode sont régis par les articles [L. 1233-1 et suivants](#) du Code du travail. Leur objet principal est de définir les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise à l'occasion d'une procédure de licenciement pour motif économique de plus de dix personnes pendant une période de trente jours, ceux qu'on appelle couramment les "grands licenciements pour motif économique".

La notion d'accord de méthode a parfois un sens plus large et est synonyme d'accords de procédure. Dans le cadre de ce cours, les accords de méthode ne visent que ceux qui ont pour objet d'encadrer les décisions prises par l'employeur notamment en encadrant la procédure d'information et de consultation devant le comité d'entreprise. Partant, les accords de méthode sont un genre d'accords de procédure. Ils permettent à l'employeur et aux représentants des salariés de s'accorder sur les étapes et les conditions de déroulement de la procédure à laquelle l'employeur est soumis. Leur objet consiste plus précisément et le plus souvent à déterminer les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise.

L'employeur et les organisations syndicales ont, en outre, la possibilité de définir les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise dans l'accord collectif contenant le plan de sauvegarde de l'emploi.

Les règles sur le licenciement pour motif économique ont été étudiées dans le cours de relations individuelles de travail. Rappelons seulement que depuis la loi de sécurisation de l'emploi, la loi incite l'employeur à négocier le plan de sauvegarde de l'emploi qui, auparavant, était avant tout un acte unilatéral.

Article [L. 1233-24-1](#) (créé par la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 - art. 18 (V)) :

« Dans les entreprises de cinquante salariés et plus, un accord collectif peut déterminer le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi mentionné aux articles L. 1233-61 à L. 1233-63 ainsi que les modalités de consultation du comité d'entreprise et de mise en œuvre des licenciements. Cet accord est signé par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli au moins 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations reconnues représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants. L'administration est informée sans délai de l'ouverture d'une négociation en vue de l'accord précité. »

La promotion de la norme négociée dans ce cadre a clairement pour but de « sécuriser » les projets de destruction d'emplois décidés par l'employeur. Négocier avec les syndicats dans un premier temps et contrôlé par l'autorité administrative dans un second temps, le plan de sauvegarde de l'emploi dispose de toutes les garanties procédurales censées le rendre acceptable aux yeux des salariés. La légitimité ainsi recherchée vise aussi directement à ne pas mettre en cause les choix de gestion décidés en amont par l'employeur et s'assurer de leur mise en œuvre.

L'effet utile ne vise plus tant à garantir l'effectivité des droits de participation qu'à assurer l'efficacité du dialogue social. Autrement dit, l'effet utile n'est plus apprécié au regard des procédures de participation reconnues aux seuls travailleurs, mais au regard du processus décisionnel d'élaboration du PSE. Dans le premier cas, la finalité de participation des salariés est la défense des intérêts des salariés face à l'employeur. Dans le second cas, elle s'inscrit dans une perspective institutionnelle où l'employeur et les salariés concourent ensemble à prévenir les conséquences sociales des choix de gestion pris, dit-on, dans l'intérêt de l'entreprise. Cette conception qui a séduit un bon nombre des juridictions administratives n'est pas sans conséquence, car la légitimité procédurale conférée par le dialogue social au PSE est un ressort puissant pour cantonner le contrôle exercé par l'autorité administrative et le juge. Mais surtout l'on peut se demander si ce n'est pas se berner que de tomber à ce point dans l'illusion procédurale de la participation et ignorer à ce point les rapports de forces dans lequel s'inscrit l'élaboration d'un PSE.

B - Les accords de performance collective

Remarque

A lire :

- D. Baugard, L. Gratton, « Les accords de préservation ou de développement de l'emploi : premier regard conventionnel et constitutionnel », *Dr. soc.* 2016, p. 745.
- Géa F., « Et maintenant des accords de l'emploi "offensifs" ? », *RDT* 2014, p. 760.
- J. Dirringer, Y. Ferkane, « L'économie générale des "accords de compétitivité" mise sens dessus dessous », *Dr. Ouv.* 2017, p. 716.
- H. Cavat,
 - « Les accords de performance collective », *Revue de droit du travail*, 2020, p. 165.
 - « Rappel à l'ordre de l'OIT : pour un "véritable contrôle judiciaire" des accords de performance collective et des licenciements subséquents », *Revue de droit du travail* 2022 p. 300.

Voir aussi le cours sur la portée normative des accords collectifs - leçon n° 8.

La même logique organisationnelle et intégrative ressort des accords qui ont pour finalité le maintien, le développement ou la préservations de l'emploi ou encore de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise. Ces accords, dénommés depuis 2018 accords de performance collective, constituent une pratique déjà ancienne et leur objet particulier avait conduit la Cour de cassation à assouplir la règle de faveur de telle sorte que l'accord contenant un engagement sur l'emploi était jugé plus favorable que la norme qui n'en contenait pas.

Exemple

Cass. soc., 19 février 1997, n° 94-45.286 (Géophysique) :

« Attendu cependant que, s'il est vrai, en l'état de la législation alors applicable, que le nouvel accord, lorsqu'il n'a pas été conclu par l'ensemble des signataires de l'accord révisé ne peut être opposé à des salariés qui réclament le bénéfice d'un avantage prévu par ce dernier accord et supprimé par le nouveau, il n'en est ainsi qu'autant que l'avantage supprimé n'est pas remplacé dans le nouvel accord par un avantage plus favorable ; que la détermination du régime le plus favorable doit résulter d'une appréciation tenant compte des intérêts de l'ensemble des salariés et non de tel ou tel d'entre eux.

D'où il suit qu'en statuant comme elle l'a fait, alors qu'elle avait relevé que la suppression de la moitié de la prime semestrielle était compensée par une prime sur les résultats et que cette suppression avait en outre pour contrepartie le maintien des salariés dans leur emploi menacé sauf à eux à opter pour un départ volontaire, ce dont il résultait que l'accord de 1986 était plus favorable aux salariés, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé les textes susvisés ».

Lire aussi à propos d'un accord de groupe contenant un engagement sur l'emploi jugé plus favorable que des accords conclus au niveau d'une entreprise du groupe : Cass., 8 janvier 2020, n° 18-17.708.

Le législateur a souhaité donné à ces accords un statut légal doté d'un régime dérogatoire en raison de leur objet spécifique.

- Dans un premier temps, à l'issue de la loi de sécurisation de l'emploi, ont été institués les accords dits de mobilité interne et les accords dits de maintien de l'emploi.
- Cependant, face à l'échec de ces dispositifs (moins de dix accords de maintien de l'emploi ont été conclus en trois ans) et à l'invitation de la Commission européenne, le législateur a dans un deuxième temps modifié leur régime avant, finalement, d'abroger ce dispositif. En effet, malgré les ajustements prévus par la loi du 6 août 2015, les accords de maintien de l'emploi n'avaient pas d'autre réalité que celle des dispositions qui les instituaient.
- Le législateur est donc allé plus loin. Dans un troisième temps, dans le cadre de la loi du 8 août 2016, le législateur a modifié les règles du droit commun de la négociation collective en prévoyant un nouveau type d'accord dont l'objet est la préservation et le développement de l'emploi. La récente ordonnance du 22 septembre 2017 est allée plus loin en banalisant très largement ces accords rebaptisés "accords de performance collective" lesquels peuvent être conclus afin de préserver ou de développer l'emploi ou, plus simplement, afin de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise.

Sans doute l'idée avait-elle traversé l'esprit des auteurs de la loi d'abroger purement et simplement le principe de faveur qui permet au salarié de bénéficier des avantages plus favorables contenus dans son contrat de travail et donc de s'opposer à l'application d'un accord collectif prévoyant une baisse de salaire, la suppression d'une prime, etc. Politiquement et juridiquement, ce choix aurait été délicat. C'est pourquoi le législateur a-t-il décidé en fin de compte, non pas d'instituer une nouvelle catégorie d'accord, comme l'étaient les accords de maintien de l'emploi, mais de reconnaître une exception au principe de faveur énoncé à l'article L. 2254-1 du Code du travail lorsque l'accord est « *afin de répondre aux nécessités de fonctionnement de l'entreprise* » ou « *en vue de la préservation ou du développement de l'emploi* ».

La conclusion de ce type d'accord se veut plus simple que celle des accords de maintien de l'emploi, tout en emportant les mêmes conséquences pour les salariés. Qu'en est-il ?

- Premièrement, il s'agit d'accord conclu selon les conditions de droit commun. Il est seulement exigé que le préambule indiquant notamment les objectifs de l'accord. C'est donc au regard de la finalité inscrite dans le préambule que sera déterminée sa qualification et donc son régime.
- Deuxièmement, au regard de leur contenu, les accords de performance collective portent sur les salaires, le temps de travail ou bien les mobilités géographiques ou professionnelles. Contrairement à ce que prévoyait la loi de 2016, les nouvelles dispositions n'imposent aucune exigence visant à garantir le montant de la rémunération mensuelle des salariés. En outre, il est possible de modifier ou supprimer les modalités d'attribution, de calcul et de versement de tout ou partie des éléments de rémunération, dans le respect des stipulations de la convention collective de branche et de l'article L. 2253-1 du Code du travail.
- Troisièmement, les accords de performance collective ne sont pas soumis à la règle de faveur et dérogent au principe de non-incorporation des normes conventionnelles au contrat de travail résultant de l'article L. 2254-1 du Code du travail. Ainsi, en cas de concours entre l'accord collectif et le contrat de travail, ses stipulations « *se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération et de durée du travail* ».

Certes, le salarié peut refuser, mais dans ce cas, il prend le risque de perdre son emploi. En effet, l'employeur est habilité à le licencier, sans avoir à en justifier. Le licenciement, prononcé pour un motif spécifique (donc qui n'est pas un licenciement pour motif économique) est en effet réputé fondé sur une cause réelle et sérieuse de licenciement. Évidemment, une telle conséquence, semblable aux accords de maintien de l'emploi, rend le salarié très vulnérable, cherchant à limiter pour ne pas dire à le priver de la possibilité de contester son licenciement. En cas de licenciement pour motif spécifique, la seule garantie prévue pour le salarié est un abondement de 3000 euros de son compte personnel de formation (CPF).

Un tel régime soulève de nombreuses réserves, d'autant que, contrairement aux accords de maintien de l'emploi, les accords de performance collective ne contiennent pas obligatoirement d'engagement de la part de l'employeur de maintenir leur emploi. L'employeur n'a pas non plus à justifier, en amont, de difficultés économiques, fussent-elles conjoncturelles justifiant les concessions demandées aux salariés. Autrement dit, légalement, il y a lieu de se demander quelle est la contrepartie, pour les salariés, contenue dans ces accords et si l'objectif poursuivi justifiant les efforts demandés aux salariés n'est pas "illusoire ou dérisoire" pour faire écho à l'article 1169 du Code civil. Ne serait-on pas tenté d'invoquer cette disposition du code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016 au terme duquel « *un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire* » ? Sans

doute la nature juridique d'un accord collectif, qui n'est pas un simple contrat, suffit-elle à écarter cet argument, même si d'aucuns ont estimé que ces accords collectifs réactivaient la partie obligatoire et l'émergence de la figure du contrat synallagmatique (F. Gaudu et R. Vatinet, *Traité des contrats, Les contrats de travail, Contrats individuels, Conventions collectives et actes unilatéraux*, ss. la dir. de J. Ghestin, LGDJ (not. p. 2001, p. 470 sur l'émergence du contrat synallagmatique dans les accords collectifs).

Plus encore, c'est la conformité des articles [L. 2254-2 et suivants](#) du Code du travail à l'égard de la convention OIT 158 qui paraît douteuse. Ce n'est pas seulement le droit de tout travailleur de saisir une autorité impartiale pour apprécier la légitimité de son licenciement qui est méconnu. C'est aussi l'exigence fondamentale selon laquelle tout licenciement doit reposer sur un juste motif. Ce n'est plus seulement qu'il n'y a pas de juste motif. Il est possible qu'il n'y est pas de motif du tout.

Il est encore difficile de dire ce que décideront les juges en cas de contestation.

Le Conseil constitutionnel a estimé que « *le fait que la loi ait réputé le licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse n'interdit pas au salarié de contester ce licenciement devant le juge afin que ce dernier examine si les conditions prévues aux paragraphes III à V de l'article L. 2254-2 du code du travail sont réunies* » (Décision n° [2018-761 DC](#) du 21 mars 2018, cons. 28). Cela ne vise en réalité que les modalités selon lesquelles l'employeur applique l'accord de performance collective au salarié en respectant la procédure prévue, consistant en particulier dans une obligation d'information et un délai de réflexion.

De son côté, le comité chargé d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par la France de la convention n° 158 a été plus exigeant et offre une interprétation de l'article L. 2254-2 qui soit compatible avec la convention OIT.

Dans une [décision rendue le 16 février 2022](#), le comité a estimé :

« *Au-delà de l'affirmation expresse par l'article L. 2254-2 du caractère réel et sérieux du licenciement basé sur le refus du salarié de la modification de son contrat de travail consécutive à la signature d'un accord de performance collective, le juge doit pouvoir continuer à procéder à un véritable contrôle judiciaire. Le comité considère en effet que le texte de l'article L. 2254-2 ne fait que rappeler l'exigence selon laquelle tout licenciement doit reposer sur une cause réelle et sérieuse. Il appartient au juge dans le cadre des procédures judiciaires relatives au licenciement fondé sur l'article L. 2254-2 de déterminer s'il existe ou non un motif valable au sens de l'article 4 de la convention, à savoir si le motif du licenciement est fondé sur « les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service », étant établi que, au cours du débat judiciaire, la charge de la preuve ne devra pas reposer sur le seul salarié. Le comité prie le gouvernement de tenir, dans le cadre du contrôle régulier de l'application de la convention, la CEACR informée à cet égard.* »

Deux arrêts de la Cour de cassation rendus à propos des accords de mobilité interne et de maintien de l'emploi laissent également penser que des marges de contestation de l'accord de performance collective existent pour le salarié licencié à la suite de son refus de voir appliquer un accord de performance collective à son contrat de travail.

[Cass. soc., 2 décembre 2020, n° 19-11.986](#) :

« 10. En premier lieu, selon l'article 4 de la Convention internationale du travail n° 158 sur le licenciement de l'Organisation internationale du travail (OIT), qui est d'application directe en droit interne, un travailleur ne devra pas être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service. Selon l'article 9.1 du même texte, le tribunal auquel est soumis un recours devra être habilité à examiner les motifs invoqués pour justifier le licenciement ainsi que les autres circonstances du cas et à décider si le licenciement était justifié. Aux termes de son article 9.3, en cas de licenciement motivé par les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service, le tribunal devra être habilité à déterminer si le licenciement est intervenu véritablement pour ces motifs, et l'étendue de ses pouvoirs éventuels pour décider si ces motifs sont suffisants pour justifier ce licenciement sera définie par voie de conventions collectives, de sentences arbitrales ou de décisions judiciaires, ou de toute autre manière conforme à la pratique nationale, ou par voie de législation nationale.

11. En second lieu, selon l'article L. 2242-23 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent l'application à leur contrat de travail des stipulations de l'accord relatives à la mobilité interne, leur licenciement repose sur un motif économique.

12. Il en résulte qu'il appartient au juge d'apprécier le caractère réel et sérieux du motif du licenciement consécutif à ce refus au regard de la conformité de l'accord de mobilité aux dispositions des articles L. 2242-21, L. 2242-22 et L. 2242-23 du code du travail et de sa justification par l'existence des nécessités du fonctionnement de l'entreprise, sans qu'il soit nécessaire que la modification, refusée par le salarié, soit consécutive à des difficultés économiques, des mutations technologiques, une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité ou une cessation complète de l'activité de l'employeur.

13. D'une part, la cour d'appel a, à juste titre ainsi qu'il a été dit au point 7, retenu que l'accord était conforme aux dispositions de l'article L. 2241-21 du code du travail.

14. D'autre part, la cour d'appel, devant laquelle il n'était pas soutenu que l'accord de mobilité interne n'était pas justifié par les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, a exactement décidé que le motif économique du licenciement était vainement discuté sur le fondement des dispositions de l'article L. 1233-3 du code du travail. »

[Cass. soc. 16 février 2022, 20-17.644](#) (extrait) :

« Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Versailles, 14 mai 2020), la société IDEX énergies (la société) et l'ensemble des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, soit la FNCB-CFDT, la CGT, la CFTC-CMTE et l'UFIC-UNSA, ont conclu le 22 mars 2016 un accord collectif relatif à la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences. Le titre 11 de cet accord prévoyait que, dans le cadre des dispositions des articles L. 5125-1 et suivants du code du travail, issus de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015, l'employeur s'engageait pendant la durée de validité de l'accord à ne pas procéder à des licenciements économiques dès lors que les salariés occupant certains emplois soumis à des pertes de marché acceptaient les éventuels aménagements relatifs à la durée du travail, à ses modalités d'organisation et de répartition, à la rémunération et au lieu de travail.

2. La Fédération nationale des salariés de la construction et du bois CFDT et la Fédération CFTC de la chimie, des mines, du textile et de l'énergie ont saisi le tribunal de grande instance d'une demande d'annulation du titre 11 de l'accord.

[...]

Réponse de la Cour

4. D'une part, il résulte de l'article L. 2254-1 du code du travail qu'un accord collectif ne peut modifier, sans l'accord des salariés concernés, les droits qu'ils tiennent de leur contrat de travail.

5. D'autre part, selon l'article L. 2251-1 du même code, un accord collectif ne peut déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public telles que celles relatives à la cause du licenciement.

6. Il en résulte que, sauf disposition légale contraire, un accord collectif ne peut suspendre les clauses contractuelles des contrats de travail qui lui seraient contraires et prévoir que le licenciement des salariés ayant refusé l'application de cet accord entraînant une modification de leur contrat de travail reposerait sur un motif de licenciement et serait prononcé, indépendamment du nombre de salariés concernés, selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique.

7. Par ce motif de pur droit, substitué à ceux critiqués, dans les conditions prévues par les articles 620, alinéa 1er, et 1015 du code de procédure civile, l'arrêt, qui a constaté que le titre 11 de l'accord d'entreprise signé au sein de la société, le 22 mars 2016, dans le cadre de la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, prévoyait que le salarié ayant refusé, à la suite d'une perte de marché, la modification de son contrat de travail résultant de l'application de l'accord collectif, ferait l'objet d'un licenciement pour motif économique, la

procédure applicable devant être celle d'un licenciement individuel, se trouve légalement justifié en ce qu'il prononce la nullité de l'ensemble des dispositions indivisibles du titre 11 de cet accord. »

Dans l'arrêt du 2 décembre 2020 qui intéressait un accord de mobilité interne, la Cour de cassation se fonde directement sur la convention n° 158 pour juger qu'il appartient au juge d'apprécier le caractère réel et sérieux du motif du licenciement consécutif à ce refus au regard de la conformité de l'accord de mobilité aux dispositions des articles L. 2242-21, L. 2242-22 et L. 2242-23 du Code du travail et de sa justification par l'existence des nécessités du fonctionnement de l'entreprise. Une telle disposition semble transposable aux accords de performance collective, en particulier en ce que ces derniers peuvent, précisément, être conclus dans cet objectif. Par conséquent, outre le respect de la procédure, la contestation du salarié de son licenciement, pourra, par voie d'exception, porter sur le caractère réel et sérieux de son licenciement directement mais sur le caractère réel et sérieux des objectifs contenus de l'accord. Une telle interprétation est en effet largement de nature à rétablir le contrôle du juge, pour peu qu'il l'exerce véritablement et qu'il ne se laisse pas trop éblouir par la force du caractère négocié et majoritaire de l'accord collectif qui est à l'origine du refus du salarié et de son licenciement.

L'arrêt du 16 février 2022 concernait quant à lui un accord dont l'employeur considérait qu'il s'agissait d'un accord de maintien de l'emploi, au motif notamment que l'accord se référait à l'article L. 5125-1 du Code du travail et que l'accord contenait un engagement sur l'emploi. Les juges vont sanctionner durement cet accord, en prononçant sa nullité au visa des articles L. 2254-1 et L. 2251-1 du Code du travail. Cette disposition semble vouloir conforter une interprétation stricte aux dispositions légales qui permettent de déroger à l'article L. 2254-1 du Code du travail, fondement du principe de non-incorporation des accords collectifs au contrat de travail, et subséquemment au droit du licenciement pour motif économique. On retiendra de cette solution au moins deux enseignements. D'abord qu'il ne suffit pas de faire référence à l'article L. 2254-2 du Code du travail pour revendiquer l'application de son régime juridique dérogatoire. Ensuite, on peut entièrement exclure, raisonnant par analogie, qu'un accord d'entreprise autoproclamé de performance collective mais ne remplissant pas les conditions fixées par la loi ne soit seulement disqualifié en accord de droit commun, mais soit considéré comme nul.

Ces accords sur l'emploi révèlent l'évolution de la négociation collective. Leur objet n'est plus d'accorder des nouveaux droits aux salariés qui ne peuvent les obtenir dans le cadre d'une négociation individuelle, mais au contraire de leur en arracher au nom d'un intérêt supérieur qui serait l'emploi (à tout prix) et avec leur assentiment. On saisit ici combien la négociation collective est devenue un rouage essentiel dans la mise en place des nouveaux modes de production normative. Elle confère aux décisions qui affectent la situation des salariés une légitimité procédurale qui rend socialement acceptable la perte de droits pour les salariés. Cependant, le droit des salariés à la négociation collective s'efface bien derrière les finalités des processus décisionnels dans lesquels elle prend place, faisant même craindre au passage que les droits de participation ne soient détournés dans un sens possiblement contraire aux intérêts des salariés.