

Cette fiche présente les dispositions générales en cas de négociation avec un DS.
Pour les entreprises dépourvues de DS, se reporter à la fiche IV Négociations dérogatoires.

LES PARTIES À LA NÉGOCIATION

La loi prévoit que les accords d'entreprise sont **négociés entre l'employeur et les organisations syndicales représentatives** dans l'entreprise (art. L 2232-16 du Code du travail).

Conséquences de la loi représentativité

Seuls les syndicats représentatifs peuvent négocier

Les nouveaux critères de représentativité, qui imposent notamment aux syndicats une audience électorale minimale, s'appliquent à compter des premières élections professionnelles postérieures à la réforme (loi 2008-789 du 20 août 2008, JO du 21).

Si la première réunion de négociation du protocole préélectoral a eu lieu au plus tard le 21 août 2008, l'entreprise reste soumise aux anciennes règles de représentativité jusqu'aux prochaines élections (1).

Si cette réunion a eu lieu après le 21 août 2008, ce sont les nouvelles règles qui s'appliquent (2).

1. Dans les entreprises qui n'ont pas encore procédé aux élections après la réforme, les syndicats restent soumis aux anciennes règles de représentativité.

S'ils étaient représentatifs au 21 août 2008, ils le restent tant que n'ont pas eu lieu les élections. Les syndicats représentatifs sont donc ceux qui, au 21 août 2008 :

- soit étaient affiliés à une organisation présumée représentative au niveau national et interprofessionnel (CFDT, CFE-CGC, CFTC, CGT et CGT-FO) ;
- soit avaient démontré leur représentativité dans l'entreprise ou l'établissement, en fonction des anciens critères (non cumulatifs) : effectifs, indépendance, cotisations, expérience et ancienneté, audience électorale, activité.

Par conséquent, **les DS régulièrement désignés à la date de parution de la loi conservent leurs mandats et prérogatives jusqu'aux résultats des 1^{ères} élections postérieures à la réforme.**

De même, dans l'attente des prochaines élections professionnelles dans l'entreprise, de nouveaux DS pourront être désignés (suite à la démission ou la révocation du DS ou en cas de première désignation de DS) selon les règles en vigueur avant le 21 août 2008 (fiches 1.2. Le délégué syndical (DS)).

2. Dans les entreprises qui ont déjà procédé aux élections professionnelles en application des nouvelles règles, les syndicats représentatifs sont ceux qui satisfont aux critères suivants : respect des valeurs républicaines, indépendance, transparence financière, ancienneté minimale de 2 ans dans l'entreprise ou l'établissement, influence (activité et expérience) et audience électorale minimale. Ces critères sont cumulatifs (art. L. 2121-1 du Code du travail).

S'agissant du critère d'audience électorale, les syndicats doivent avoir recueilli au moins 10% des voix au premier tour des titulaires des dernières élections professionnelles (comité d'entreprise, délégation unique du personnel ou, à défaut, délégués du personnel), quel que soit le nombre de votants.

Si le syndicat obtient bien au moins 10% des voix au 1er tour des élections, il pourra désigner un délégué syndical qui devra être obligatoirement choisi parmi les candidats aux élections.

Pour pouvoir être désigné en qualité de délégué syndical, le candidat devra avoir recueilli sur son nom au moins 10% des voix au 1er tour des dernières élections du CE, de la DUP ou des DP, quel que soit le nombre de votants, dans le collège titulaire ou suppléant dans lequel il se présente.

(fiches 3.1. et suivantes sur les élections des RP)

Partie patronale

L'employeur peut lui-même négocier ou être représenté par l'un de ses collaborateurs à qui il a délégué ses pouvoirs (le directeur des ressources humaines par exemple).

L'employeur peut se faire assister de collaborateurs appartenant au personnel de l'entreprise même si les textes ne le prévoient pas.

En revanche, l'employeur ne peut pas se faire assister par des conseillers extérieurs à l'entreprise (comme un avocat ou un expert comptable) sauf accord de l'ensemble des négociateurs de la délégation salariale.

Important : pour préserver l'équilibre entre les négociateurs, les membres de la délégation patronale ne doivent pas être plus nombreux que ceux de la délégation salariale.

Partie salariale

Seules les organisations syndicales **représentatives** dans l'entreprise **qui ont désigné au moins un délégué syndical** ont le droit de participer aux négociations.

Cas particulier : quelle représentation syndicale lors d'une négociation dans les entreprises à établissements multiples ?

Dans les entreprises à établissements multiples, la négociation peut avoir lieu au niveau de l'entreprise ou de l'établissement.

Pour déterminer quels syndicats participeront à la négociation (pour les entreprises ayant déjà procédé aux élections professionnelles depuis l'intervention de la loi du 20 août 2008), on apprécie la représentativité selon le niveau auquel la négociation a lieu :

- si la négociation se déroule au niveau d'un établissement, la représentativité du syndicat s'apprécie en fonction des résultats du 1^{er} tour des titulaires aux élections des comités d'établissement ;
- si la négociation se déroule au niveau de l'entreprise, la représentativité d'un syndicat se calcule, au terme de chaque cycle électoral (une fois que tous les établissements ont procédé aux élections professionnelles), en additionnant l'ensemble des suffrages obtenus par le syndicat dans l'ensemble des établissements, quel que soit le pourcentage obtenu par établissement.

Ainsi, même si un syndicat n'est pas représentatif au niveau de l'entreprise, il peut participer aux négociations qui se déroulent au niveau d'un établissement dès lors qu'il y est bien représentatif et qu'il y a désigné un DS.

Inversement, un syndicat peut ne pas être représentatif dans un ou plusieurs établissements d'une entreprise, tout en étant bien représentatif au niveau de l'entreprise elle-même. Auquel cas, le DS qu'il aura désigné participera aux négociations qui se déroulent au niveau de l'entreprise.

Composition de la délégation

La délégation de chacune des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise comprend (art. L. 2232-17 du Code du travail) :

- obligatoirement le **délégué syndical** de l'organisation dans l'entreprise lorsque le syndicat n'en a désigné qu'un seul ou, en cas de pluralité de délégués, **au moins deux délégués syndicaux** ;
- des **salariés de l'entreprise**, en nombre limité. Ce nombre est fixé par accord entre les parties. À défaut d'accord unanime entre l'employeur et l'ensemble des organisations syndicales parties à la négociation, le nombre des salariés pouvant participer à la délégation syndicale est au plus égal, par délégation, à celui des DS de la délégation. Toutefois, dans les entreprises n'ayant qu'un seul DS, la délégation peut comporter deux salariés en plus du DS (art. L. 2232-17 du Code du travail).

Remarque : dans une entreprise à établissements multiples, le délégué syndical central (lorsqu'il existe – [fiche 1.2. DS/DSC](#)), distinct des délégués syndicaux d'établissement (art. L. 2143-5 du Code du travail), peut être désigné pour faire partie de la délégation comme DS, mais la loi n'en fait pas obligation (circ. du 25 octobre 1983, JO du 10 janvier 1984).

Protection des salariés membres de la délégation syndicale

Les DS et les DSC bénéficient de la protection liée à leur mandat.

En revanche, les salariés qui participent aux négociations et qui ne sont pas représentants du personnel ne bénéficient d'aucune protection légale spéciale. Toutefois, si l'employeur prend des mesures discriminatoires à leur encontre, ils pourront contester sur le fondement de l'interdiction des discriminations liées à l'appartenance à un syndicat ou à l'exercice d'activités syndicales ([fiche 4.3. Salarié protégé](#)).

LES NOUVELLES CONDITIONS DE VALIDITÉ DES ACCORDS

Depuis le 1^{er} janvier 2009, la **validité d'un accord d'entreprise ou d'établissement** conclu avec un ou plusieurs délégués syndicaux est subordonnée à :

- sa signature par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli au moins **30% des suffrages exprimés au 1^{er} tour des dernières élections des titulaires** au CE ou de la DUP ou, à défaut, des DP, quel que soit le nombre de votants ;
- et à l'**absence d'opposition** d'une ou de plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés au 1^{er} tour des dernières élections des titulaires au CE ou de la DUP (à défaut des DP) quel que soit le nombre de votants (c'est-à-dire ceux qui ont recueilli plus de 50% des suffrages au 1^{er} tour des dernières élections du CE).

L'**opposition**, écrite et motivée, doit être exprimée dans un délai de 8 jours à compter de la date de notification de l'accord. Elle est notifiée à l'ensemble des signataires.

Si l'accord n'a pas été notifié à la même date à l'ensemble des syndicats, le délai d'opposition court, selon l'administration, à compter de la notification la plus tardive (Circ. DRT du 22/09/2004).

L'opposition régulière entraîne la nullité de l'accord.

Cas particulier : les accords qui ne concernent qu'une catégorie du personnel relevant d'un collège électoral déterminé doivent être signés par un ou plusieurs syndicats ayant recueilli au moins 30% des suffrages dans ce collège lors des dernières élections professionnelles et ne pas faire l'objet de l'opposition d'un ou plusieurs syndicats majoritaires dans le collège.

Période transitoire

En pratique, ces nouvelles règles de validité des accords collectifs ont posé des difficultés dans certaines entreprises qui n'avaient pas encore organisé d'élections depuis la réforme du 20 août 2008. En effet, en cas d'absence de quorum au 1^{er} tour des élections (les résultats n'ayant pas été dépouillés) ou encore en cas d'absence de candidature syndicale au 1^{er} tour, il est impossible de vérifier l'audience des organisations syndicales, ce qui peut bloquer la validité d'un accord jusqu'aux prochaines élections. Ces entreprises ne peuvent donc plus négocier d'accords alors même qu'il existe des délégués syndicaux dans l'entreprise.

Pour combler ce **vide juridique**, la loi de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures du 12 mai 2009 (L. n° 2009-526, JO 13/05/09) institue des dispositions transitoires jusqu'aux résultats des prochaines élections professionnelles dans l'entreprise ou l'établissement, pour lesquelles la date fixée pour la première réunion du protocole d'accord préélectoral est postérieure au 21 août 2008 : la validité de l'accord d'entreprise ou d'établissement est subordonnée, tant que les résultats des élections ne sont pas connus, à **son approbation par les salariés à la majorité** des suffrages exprimés (seulement en cas de carence au 1^{er} tour des dernières élections professionnelles ou d'absence de dépouillement de celui-ci).

LE NIVEAU DE NÉGOCIATION

Les accords collectifs peuvent être négociés à différents niveaux : établissement, entreprise, groupe, UES.

À noter que des accords collectifs de travail portant sur la polyvalence, la mobilité et le travail à temps partagé des salariés peuvent également être conclus au niveau des groupements d'employeurs (art. L 1253-11 du Code du travail).

Accord d'établissement et d'entreprise

Les parties déterminent en principe librement le niveau auquel se déroulent les négociations (entreprise, établissement ou groupe d'établissements).

Toutefois, les négociations annuelles et triennales obligatoires s'engagent en principe au niveau de l'entreprise et ne peuvent se dérouler au niveau des établissements que sous certaines conditions ([fiche V Négociations obligatoires et thèmes de négociation](#)).

Accord de groupe

Depuis 2004, l'accord de groupe est officiellement reconnu comme un accord collectif de travail, au même titre que les accords d'entreprise ([fiche III Accords catégoriels et accords de groupe](#)).

Accord au sein d'une unité économique et sociale (UES) ([fiche 3.1. Préparation des élections professionnelles – focus UES](#))

L'UES n'est pas légalement reconnue comme un niveau de négociation à part entière. Toutefois, le Code du travail précise qu'un accord de participation doit être mis en place au niveau de l'UES lorsque celle-ci emploie 50 salariés ou plus (art. L 3322-2 du Code du travail). L'UES peut donc constituer un niveau possible de négociation.

LE DÉROULEMENT DE LA NÉGOCIATION

Respect du principe de loyauté

Les négociations doivent être conduites de manière sérieuse et loyale.

Ce principe général préside à l'élaboration de tout contrat, y compris les accords collectifs.

Remarque : ce principe est expressément affirmé par le Code du travail pour les négociations relatives à la réduction des écarts de rémunération entre les femmes et les hommes et celles relatives à l'instauration du travail de nuit (art. L 2242-10 et L 3122-36 du Code du travail).

En vertu de ce principe, les parties doivent établir un réel dialogue, avec l'intention de parvenir à un accord.

L'employeur doit donc :

- négocier avec l'ensemble des syndicats représentatifs,
- communiquer à ces syndicats les informations nécessaires leur permettant de négocier en toute connaissance de cause,
- répondre de manière motivée aux propositions et contre-propositions des organisations syndicales,
- ne pas prendre, pendant les discussions, de décisions unilatérales entrant dans le champ de la négociation.

Invitation à négocier et convocation

Un accord collectif d'entreprise n'est valablement conclu que lorsque **toutes les organisations syndicales représentatives** dans l'entreprise ont été invitées à participer à sa négociation (art. L 2232-16 du Code du travail ; cass. soc. 26 mars 2002, n°00-17231).

Ce principe est applicable que la négociation soit obligatoire ou facultative.

L'employeur qui négocie un accord collectif sans DS, alors qu'il en existe dans l'entreprise commet un **délit d'entrave** à l'exercice du droit syndical (art. L 2146-1 du Code du travail) ; il peut être condamné à des sanctions pénales (un an d'emprisonnement et 3750 € d'amende ; peines qui peuvent être doublées en cas de récidive (c. pén. art. 132-10) (**fiche 4.3. Délit d'entrave**).

Exemples de délit d'entrave à l'exercice du droit syndical :

- lorsque l'employeur ne convoque pas un délégué syndical à des négociations, sous prétexte qu'il fait l'objet d'une mise à pied conservatoire (cass. crim. 30 octobre 2006, n°05-86380) ;
- lorsque l'employeur conclut directement un accord avec des institutions représentatives du personnel distinctes des organisations syndicales, ce qui porte atteinte au monopole des organisations syndicales pour représenter les intérêts des salariés dans la négociation collective (c. trav. art. L. 2141-4 et L. 2146-1 ; cass. crim. 18 novembre 1997, n°96-80.002).

Ce principe s'applique également à la négociation des accords de révision.

L'accord de révision conclu avec les seuls syndicats signataires de la convention ou de l'accord collectif sans que les autres syndicats représentatifs aient été convoqués en vue de la négociation est **nul** (cass. soc. 17 septembre 2003, n 01-10706).

De plus, le fait de ne pas appeler un syndicat représentatif ayant un DS dans l'entreprise à des négociations portant sur la révision d'accords collectifs constitue une **entrave à l'exercice du droit syndical** (cass. crim. 28 octobre 2008, n°07-82799 FD).

Attention : même si toutes les organisations syndicales doivent être invitées à négocier, les accords de révision ne peuvent être conclus qu'avec les organisations syndicales signataires de l'accord initial. Si les signataires initiaux ont perdu leur représentativité, l'accord ne pourra être modifié, à moins que les organisation syndicale représentative y adhèrent pour pouvoir le réviser.

L'employeur adresse à **chaque organisation syndicale représentative** présente dans l'entreprise par l'intermédiaire d'un ou de plusieurs DS une lettre l'informant de son intention d'ouvrir des négociations sur un ou plusieurs thèmes et lui demandant de fixer la composition de sa délégation syndicale pour la négociation. Cette lettre sera remise en main propre aux **DS**. Une fois la composition des délégations syndicales connue de l'employeur, celui-ci doit convoquer les membres de chaque délégation à une première réunion de négociation. En principe donc, les DS de chaque organisation syndicale représentative dans l'entreprise sont destinataires de la convocation adressée par l'employeur.

Les réunions de négociation doivent être communes à toutes les organisations syndicales représentatives (cass. soc. 13 juillet 1988, n 86-16302).

L'employeur qui ne convoque pas l'ensemble des organisations syndicales représentatives au niveau où la négociation est conduite, ou qui procède par voie de discussion séparée avec chaque organisation syndicale, peut être sanctionné au pénal pour **discrimination syndicale** (art. L 2141-7 et L 2146-2 du Code du travail). Il en est de même pour l'employeur qui choisit, parmi les organisations syndicales représentatives présentes dans l'entreprise, celle avec laquelle il souhaite négocier (**fiche 4.3. Discrimination syndicale**).

De plus, la convention ou l'accord collectif est **nul** lorsque l'existence de négociations séparées est établie (Cass. soc. 12 octobre 2006).

Réunion préparatoire et calendrier de négociation

L'objet et la périodicité des négociations ainsi que les informations à remettre préalablement aux délégués syndicaux de l'entreprise ou de l'établissement sont fixés **par accord entre les parties** (art. L 2232-20 du Code du travail).

Seule la négociation annuelle obligatoire comprend obligatoirement une réunion préparatoire qui doit être organisée par l'employeur (**fiche V Négociations obligatoires et thèmes de négociation**).

L'établissement d'un calendrier de négociation n'est requis que dans les cas suivants :

- négociation obligatoire ;
- négociation relative à la mise en place du travail de nuit (art. L 3122-36 du Code du travail).

En pratique, les parties doivent, dans le cadre de ces 2 négociations, fixer le lieu et le calendrier des réunions à venir.

La loi est muette quant à la durée de la négociation. À défaut d'accord entre les parties, l'employeur détermine la durée prévisible de la négociation lors de la fixation du calendrier des réunions.

Dans tous les autres cas, rien n'est imposé : une ou plusieurs réunions peuvent être organisées, selon la complexité du thème traité.

Crédits d'heures et indemnisation des frais

Crédit d'heures pour la préparation de la négociation (fiche 4.1. Crédit d'heures)

Chaque section syndicale dispose, au profit de son ou de ses délégués syndicaux et des salariés de l'entreprise appelés à négocier un accord d'entreprise, d'un crédit global, dans la limite de :

- **10 heures par an** pour les entreprises qui emploient **au moins 500 salariés** ;
- **15 heures par an** dans celles occupant **au moins 1 000 salariés** (art. L 2143-16 du Code du travail).

Ce crédit d'heures est octroyé pour la préparation de la négociation mais pas pour les réunions de négociation proprement dites avec l'employeur qui doivent être payées comme temps de travail.

Le crédit est confié à la section syndicale, à charge pour ses membres d'en effectuer la répartition et d'en informer l'employeur (art. L. 2143-14 du Code du travail).

Sauf dispositions conventionnelles ou usage plus favorables, le crédit d'heures est alloué globalement et annuellement, quel que soit le nombre d'accords conclus dans l'entreprise au cours de la même année, y compris pour la négociation annuelle (cass. soc. 02/06/04).

Ce crédit d'heures s'ajoute au crédit d'heures dont dispose chaque délégué syndical pour l'exercice de ses fonctions (art. L 2143-16 du Code du travail). Il est considéré comme temps de travail et est payé à l'échéance normale.

Paiement du temps passé aux réunions

Le temps passé à la négociation est payé comme temps de travail à échéance normale pour tous les membres de la délégation syndicale (art. L 2232-18 du Code du travail).

Il doit être payé même si la négociation a lieu en dehors des heures de travail (circ. DRT 15 du 25 octobre 1983).

Les heures passées à la négociation au-delà de la durée légale du travail (ou de la durée qui y est assimilée pour le calcul des majorations pour heures supplémentaires) sont des heures supplémentaires qui doivent être rémunérées comme telles (circ. DRT 15 du 25 octobre 1983).

Pour les membres de la délégation qui disposent d'un crédit d'heures, le temps passé à la négociation ne doit pas s'imputer sur ce crédit (circ. DRT 15 du 25 octobre 1983).

Temps de trajet et frais de déplacement

Le temps de trajet effectué en exécution des fonctions représentatives du salarié doit être rémunéré lorsqu'il est pris en dehors de l'horaire normal de travail et qu'il dépasse en durée le temps normal de déplacement entre le domicile et le lieu de travail.

Les frais de déplacement (transport) et d'hébergement (hôtel, restaurant) des représentants sont à la charge de l'employeur, à condition que la réunion soit à son initiative, sauf usage ou dispositions conventionnelles plus favorables (cass. soc. 28 mai 1996, n°94-18797).

Consultation du comité d'entreprise

La conclusion d'un accord collectif doit être précédée de la consultation du comité d'entreprise, lorsque cet accord porte sur l'un des sujets entrant dans sa compétence.

Cette consultation doit avoir lieu concomitamment à l'ouverture de la négociation et, au plus tard, avant la signature de l'accord.

Le défaut de consultation du CE préalablement à la conclusion d'un accord collectif portant sur l'une des questions soumises à son avis constitue un **délit d'entrave**.

En revanche, **le défaut de consultation n'a pas pour effet d'entraîner la nullité de l'accord collectif**. L'accord collectif peut donc entrer en vigueur normalement.

LE CONTENU DE L'ACCORD D'ENTREPRISE

Même si les négociateurs sont libres d'aborder tout sujet en rapport avec les conditions de travail, certaines clauses sont interdites et aucune mesure discriminatoire ou contraire au principe d'égalité ne peut apparaître.

Les clauses obligatoires

Les accords collectifs doivent préciser s'ils s'appliquent à l'entreprise, à un ou plusieurs établissements déterminés ou encore au groupe. L'accord de groupe doit, en particulier, définir les entreprises du groupe auxquelles il a vocation à s'appliquer (fiche III Accord de groupe).

Ils doivent également indiquer sous quelle forme et à quelle époque ils pourront être révisés (art. L 2222-5 du Code du travail) :

- si l'accord est à durée indéterminée, il doit aussi prévoir les conditions dans lesquelles il pourra être dénoncé et préciser notamment la durée du préavis qui devra précéder la dénonciation.
- si l'accord est à durée déterminée, les signataires doivent indiquer sous quelle forme et à quelle époque il pourra être renouvelé.

Les clauses interdites

Les **clauses couperet** : un accord collectif ne peut comporter de clause prévoyant la rupture de plein droit du contrat de travail du salarié lorsque celui-ci atteint un certain âge ou est en droit de bénéficier d'une pension de vieillesse ; ces clauses sont nulles (art. L 1237-4 du Code du travail).

Les **clauses d'indexation** : les clauses prévoyant une indexation des salaires sur le Smic, le niveau général des prix, le niveau général des salaires, ou le prix de biens, produits ou services sans rapport avec l'activité de l'entreprise sont nulles (fiche V Négociations obligatoires et thèmes des négociations).

Les **clauses contraires à la loi ou à la jurisprudence** : une disposition conventionnelle prévoyant l'application d'une clause de non-concurrence sans accorder de contrepartie financière est une clause illicite et donc nulle.

L'interdiction des mesures discriminatoires et contraires au principe d'égalité

L'accord collectif a vocation à s'appliquer à tous les salariés de l'entreprise.

Ce principe connaît toutefois de nombreuses exceptions et n'interdit pas de conclure des accords ou des clauses spécifiques à certaines catégories de personnel ou de réserver le bénéfice d'un avantage à certains salariés en fonction de leur catégorie professionnelle ou de leurs conditions de travail par exemple.

Ainsi, un accord relatif à la rémunération variable pour les commerciaux ne peut s'appliquer qu'à une catégorie particulière de salariés sans pour autant qu'il soit contraire au principe d'égalité.

Il en va de même pour certains avantages qui ne sont accordés aux salariés que sous réserve qu'ils remplissent certaines conditions (comme, par exemple, le bénéfice d'un 13^{ème} mois subordonné à une condition de présence dans l'entreprise au 31 décembre ou d'une prime réservée aux salariés ayant au moins un an d'ancienneté).

Lorsque des avantages particuliers sont accordés à certains salariés, en raison des contraintes liées à leurs conditions de travail (prime de nuit réservée aux salariés travaillant la nuit ; prime de salissure pour les salariés amenés à effectuer des travaux salissants), les salariés qui ne sont pas soumis à ces contraintes ne peuvent pas invoquer une différence de traitement pour prétendre aux primes correspondantes.

Toutefois, les modalités d'attribution de l'avantage concerné doivent reposer sur des critères objectifs et ne pas contrevenir aux principes de non-discrimination et d'égalité professionnelle.

Un accord collectif ne peut, en aucun cas, exclure de son champ d'application les catégories suivantes : salariés en CDD (art. L 1242-14 du Code du travail), salariés à temps partiel (art. L 3123-11 du Code du travail), salariés en contrat de professionnalisation (art. L 6325-6 du Code du travail), apprentis [sauf si les clauses de l'accord collectif sont contraires à la situation du jeune travailleur en formation] (art. L 6222-3 du Code du travail).

Le principe d'interdiction des discriminations

Un accord collectif ne peut pas instituer de différences de traitement entre les salariés sur la base de critères discriminatoires (art. L 1132-1 du Code du travail) : origine, sexe, mœurs, orientation sexuelle, âge, grossesse, état de santé, handicap, activités syndicales ou mutualistes, situation de famille, caractéristiques génétiques, appartenance ou non-appartenance, vraie ou supposée à une ethnie, une nation ou une race, opinions politiques, exercice normal du droit de grève, convictions religieuses, apparence physique, nom.

Exemples de mesures discriminatoires :

- exclusion des salariés ayant conclu un Pacs du bénéfice des congés pour évènements familiaux ;
- exclusion des salariés ayant été en arrêt maladie plus de 20 jours de l'augmentation générale des salaires

De telles clauses sont nulles (art. L1132-4 du Code du travail).

Toutefois, une mesure a priori discriminatoire est licite dès lors qu'elle repose sur des éléments objectifs légitimes, étrangers à toute discrimination, et que l'exigence est proportionnée.

Les différences de traitement fondées sur l'âge, le handicap ou l'inaptitude constatée par le médecin du travail ne constituent pas une discrimination si elles sont objectives, nécessaires et appropriées.

Le principe d'égalité de traitement

Un accord ne peut pas instituer des différences de traitement entre les salariés sans justifications objectives.

Contrairement au principe de non discrimination, ce principe ne se limite pas aux différences de traitement reposant sur un motif interdit (sexe, origine, activité syndicale...) mais englobe tous les critères, y compris lorsqu'ils sont neutres en apparence (comme par exemple la catégorie professionnelle).

Ce principe général est essentiellement appliqué en matière de salaire (avec le principe « travail égal, salaire égal »).

Le principe d'égalité entre les hommes et les femmes

Un accord ne peut pas prendre en considération le sexe des salariés pour déterminer les conditions d'octroi d'un avantage. De telles clauses sont nulles (art. L 1142-3 du Code du travail).

Toutefois, cette interdiction ne vise pas les clauses qui ont pour objet l'application de dispositions légales liées au sexe : protection de la grossesse et de la maternité, allaitement, congé de paternité... (art. L 1142-3 du Code du travail).

En outre, les mesures qui prennent en considération le sexe sont admises lorsqu'elles visent à corriger les inégalités entre les femmes et les hommes (art. L.1142-4 du Code du travail).

Le principe « à travail égal, salaire égal »

Ce principe oblige l'employeur à assurer une égalité de rémunération entre des salariés effectuant un même travail ou un travail de valeur égale, ou, à défaut, à justifier toute disparité de salaire.

Si l'employeur peut librement déterminer des rémunérations différentes en fonction des compétences des salariés, il est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés placés dans une situation identique.

L'employeur peut ainsi accorder une rémunération supérieure, une prime ou un avantage quelconque à certains salariés à condition toutefois que tous les salariés placés dans une situation identique puissent aussi en bénéficier et que les règles fixant l'octroi de cet avantage soient préalablement définies et contrôlables.

Attention, un accord collectif peut valablement établir une distinction entre les salariés selon la date d'embauche et réserver un avantage aux salariés en poste au jour de son entrée en vigueur lorsque l'avantage en question vise à compenser un préjudice.

Ainsi, un accord de réduction du temps de travail peut prévoir que l'indemnité différentielle octroyée en contrepartie de la baisse de rémunération occasionnée par la RTT ne sera versée qu'aux salariés ayant effectivement subi cette baisse de rémunération. Les salariés embauchés ultérieurement n'ayant pas subi la baisse de salaire consécutive à la RTT, n'ont pas droit à l'indemnité différentielle, sans que cela contrevienne au principe « à travail égal, salaire égal » (Cass. soc. 01/12/05, n°03-47197).

Par ailleurs, dans les entreprises à établissements multiples, si un accord d'entreprise ne peut pas établir de disparités de rémunération entre des salariés placés dans une situation identique au seul motif qu'ils travaillent dans des établissements différents (cass. soc. 21/01/09, n°07-43452 à 07-43464), un accord d'établissement peut octroyer un avantage spécifique aux salariés qui y travaillent sans que les salariés des autres établissements, placés dans une situation identique, puissent en revendiquer le bénéfice.

Il est donc possible que les négociations intervenant au niveau des différents établissements se traduisent par des disparités de traitement, sans que cela contrevienne au principe d'égalité professionnelle (cass. soc. 18 janvier 2006, n° 03-45422, BC V n° 17).

Hiérarchie des normes

Articulation accord d'entreprise / lois et règlements

Le principe de faveur

L'accord d'entreprise doit, en vertu du principe de faveur, comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements en vigueur (art. L.2251-1 du Code du travail).

Si un accord d'entreprise est moins favorable que la loi, le salarié doit bénéficier des dispositions légales (Cass. soc. 06/02/91, n°88-44291).

Ordre public absolu

Certains principes posés par les lois et les règlements ont valeur d'ordre public absolu : cela signifie qu'ils doivent nécessairement être respectés et que les conventions et les accords collectifs de travail ne peuvent, en aucun cas, les modifier, même dans un sens plus favorable (art. L.2251-1 du Code du travail).

Exemples :

- la durée du mandat des délégués du personnel (de 2 à 4 ans selon accord, mais en aucun cas en dessous de 2 ans (Cass. soc. 08/11/94, n° 94-60113) ;
- l'obligation de créer un collège pour les cadres aux élections du comité d'entreprise lorsque leur nombre est au moins égal à 25 (Cass. soc. 13/10/04, n°03-60275) ;
- les règles d'électorat et d'éligibilité aux élections professionnelles (Cass. soc. 24/06/98, n°97-60007) ;
- le droit des salariés d'agir en justice pour demander l'application des droits qu'ils tiennent de la loi (Cass. soc. 21/09/07, n°06-42496) ;
- l'interdiction des clauses d'indexation ;
- la compétence de la juridiction prud'homale.

Ordre public social

L'ordre public social concerne la plupart des dispositions du Code du travail et correspond à des règles minimales (exemple : l'indemnité de licenciement).

Les accords d'entreprise ne peuvent donc pas supprimer ces règles ou réduire leur portée, mais ils peuvent y déroger dans un sens plus favorable.

Les exceptions au principe de faveur

La loi relative au dialogue social du 4 mai 2004 a considérablement assoupli les possibilités de conclure des accords dérogatoires qui étaient auparavant presque tous signés au niveau de la branche (loi 2004-391 du 4 mai 2004, JO du 5).

Désormais les accords d'entreprise et d'établissement peuvent déroger au Code du travail dans un sens défavorable aux salariés dans un certain nombre de domaines, limitativement énumérés (essentiellement en matière de durée du travail).

Les possibilités de dérogation sont presque toutes prévues dans un sens défavorable aux salariés : beaucoup d'entre elles permettent notamment aux entreprises de s'affranchir de plafonds ou de planchers légaux (exemples : fixation de l'indemnité de précarité due aux salariés à l'issue d'un CDD à un taux inférieur à 10%, augmentation de la durée quotidienne maximale de travail au-delà de 10 heures...).

Dans certains domaines, la loi laisse toute latitude aux partenaires sociaux : les dispositions légales ne s'appliquent alors qu'à titre supplétif, pour pallier l'absence d'accord (exemples : détermination du contingent annuel d'heures supplémentaires, modalités de prise de la contrepartie obligatoire en repos). L'accord pourra donc être plus favorable ou moins favorable que le régime supplétif, selon ce qui aura été négocié.

Les principales dérogations à la loi (loi du 4 mai 2004)

CDD : réduction du taux de l'indemnité de fin de contrat (10%), dans la limite de 6%, moyennant un accès privilégié à la formation professionnelle (art. L 1243-9 du Code du travail) ;

travail temporaire : fixation de la durée de la période d'essai (art. L 1251-14 du Code du travail) ;

travail à temps partiel :

- réduction du délai de prévenance de 7 à 3 jours en cas de modification de la répartition de la durée du travail, moyennant des garanties relatives à la mise en œuvre, pour les salariés à temps partiel, des droits reconnus aux salariés à temps complet (art. L 3123-22 et L 3123-23 du Code du travail) ;
- augmentation du volume d'heures complémentaires, dans la limite du tiers de la durée prévue au contrat, moyennant des garanties relatives à la mise en œuvre, pour les salariés à temps partiel, des droits reconnus aux salariés à temps complet (art. L 3123-18 et L 3123-23 du Code du travail) ;
- interruptions journalières d'activité : plus d'une interruption de travail par jour ou interruption supérieure à 2 heures (art. L3123-16 du Code du travail) ;

durée du travail :

- taux de majoration des heures supplémentaires, avec un minimum de 10 % (art. L 3121-22 du Code du travail) ;
- remplacement de tout ou partie des heures supplémentaires et de leurs majorations par un repos compensateur équivalent (art. L 3121-24 du Code du travail) ;
- fixation du contingent annuel d'heures supplémentaires (art. L 3121-11 du Code du travail) ; modalités de récupération des heures perdues (art. L 3122-47 du Code du travail) ;
- dépassement de la durée quotidienne maximale (10 h), dans la limite de 12 h (art. L 3121-34 et D 3121-19 du Code du travail) ;
- diminution du repos quotidien (11 h), dans la limite de 9 h et uniquement pour certaines activités énumérées par décret ou en cas de surcroît d'activité (art. L 3131-2, D 3131-1 à D 3131-3 du Code du travail) ;
- dépassement de la durée quotidienne maximale des travailleurs de nuit (8 h), dans la limite de 12 h et uniquement pour certaines activités énumérées par décret (art. L 3122-34 et R 3122-9 du Code du travail) ;
- dépassement de la durée hebdomadaire maximale moyenne des travailleurs de nuit (40 h), dans la limite de 44 h (art. L 3122-35 du Code du travail) ;
- diminution du temps de repos hebdomadaire des jeunes travailleurs libérés de l'obligation scolaire (2 jours consécutifs), dans la limite de 36 heures consécutives et uniquement si les caractéristiques particulières de l'activité le justifient (art. L.3164-2 du Code du travail) ;
- travail des jeunes travailleurs un jour férié, uniquement dans les secteurs énumérés par décret (art. L 3164-8 et R 3163-1 du Code du travail) ;

représentants du personnel :

- réduction de la durée du mandat des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise (4 ans), dans la limite de 2 ans (art. L 2314-27 et L 2324-25 du Code du travail) ;
- conditions de la formation des membres du CHSCT, dans les établissements de moins de 300 salariés (art. L 4614-15 du Code du travail).

Articulation accords d'entreprise / accords de niveaux supérieurs

Le principe

Les accords d'entreprise ou d'établissement peuvent déroger aux conventions et accords de niveau supérieur, sauf si ces accords l'ont expressément interdit (art. L.2253-3 du Code du travail).

Selon la circulaire DRT 9 du 22/09/04, **les conventions ou accords de branche peuvent ainsi comporter :**

- des **clauses impératives** : l'accord d'entreprise peut déroger à l'accord de branche, mais uniquement dans un sens plus favorable ;
- des **clauses d'ouverture** : l'accord d'entreprise peut déroger à l'accord de branche, mais uniquement dans certaines limites ou à certaines conditions ;
- des **clauses supplétives** : l'accord de branche ne s'applique qu'en l'absence d'accord d'entreprise ;
- des « **clauses balai** » : l'accord de branche ne s'applique qu'après un laps de temps aux entreprises qui n'ont pas conclu d'accord collectif de travail ;
- des **clauses optionnelles** que l'entreprise choisit d'appliquer, par exemple, en fonction de l'organisation interne ou des souhaits des salariés.

Les exceptions

1^{ère} exception : les accords de branche (ainsi que les accords interprofessionnels) restent impératifs dans un certain nombre de domaines limitativement énumérés (art. L 2253-3 du Code du travail) : salaires minima ; classifications ; garanties collectives de protection sociale complémentaire ; et financement de la formation professionnelle.

Les accords d'entreprise ne peuvent donc y déroger que dans un sens plus favorable.

Attention !

En matière de salaires, les accords d'entreprise peuvent prévoir des modalités particulières d'adaptation dans l'entreprise des majorations de salaire décidées au niveau professionnel ou interprofessionnel. Cette faculté d'adaptation est néanmoins subordonnée à deux conditions cumulatives (art. L 2253-4 du Code du travail) :

- l'augmentation de la masse salariale doit être au moins égale à l'augmentation qui résulterait de l'application des majorations accordées par l'accord de niveau supérieur ;
- les salaires minima hiérarchiques doivent être respectés.

2^{ème} exception : les accords de branche restent impératifs dès lors qu'ils ont été conclus avant le 7 mai 2004.

En effet, les accords d'entreprise, quelle que soit la date à laquelle ils sont conclus, ne peuvent pas déroger, sauf dans un sens plus favorable, aux accords de branche conclus avant le 7 mai 2004. À défaut, le salarié doit bénéficier de l'accord le plus favorable.

Pour déterminer quel accord (branche ou entreprise) est le plus favorable, il y a lieu de procéder à une comparaison avantage par avantage et de façon globale, c'est-à-dire en prenant en considération l'intérêt de l'ensemble des salariés (Cass. soc. 14/11/07, n°06-42200).

3^{ème} exception : les accords de branche deviennent supplétifs dans un certain nombre de domaines relevant de la durée du travail : les accords d'entreprise peuvent donc y déroger, même dans un sens défavorable.

En effet, en matière de durée du travail, certains dispositifs ne peuvent être mis en œuvre que par accord d'entreprise ou d'établissement ou, seulement à défaut, par une convention ou un accord de branche.

L'accord de branche ne s'applique donc qu'en l'absence d'accord d'entreprise ou d'établissement : les partenaires sociaux ont toute liberté pour négocier sur les thèmes concernés au niveau de l'entreprise ou de l'établissement, en dépit des éventuelles stipulations de l'accord de branche qui interdirait toute dérogation en la matière et même si l'accord a été conclu avant le 7 mai 2004.

Les domaines dans lesquels les accords d'entreprise ou d'établissement ont un caractère impératif sont les suivants :

- détermination du contingent annuel d'heures supplémentaires (art. L 3121-11 du Code du travail) ;
- conditions d'accomplissement des heures supplémentaires au-delà du contingent, ainsi que les caractéristiques et conditions de prise de la contrepartie obligatoire en repos (art. L 3121-11 du Code du travail) ;
- remplacement de tout ou partie des heures supplémentaires et de leur majoration par un repos compensateur de remplacement (art. L 3121-24 du Code du travail) ;
- répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année (art. L 3122-2 du Code du travail) ;
- mise en place de conventions individuelles de forfait en heures ou en jours sur l'année (art. L 3121-39 du Code du travail) ;
- mise en place du compte épargne-temps (art. L 3152-1 du Code du travail) ;
- modalités d'accomplissement de la journée de solidarité (art. L 3133-8 du Code du travail).

Mesures dont la mise en œuvre nécessite un accord

De nombreux dispositifs, particulièrement en matière de durée du travail, ne peuvent être mis en place qu'après conclusion d'un accord collectif.

Ces accords peuvent désormais être conclus aussi bien au niveau de la branche qu'au niveau de l'entreprise ou de l'établissement (sauf pour les heures d'équivalence et les modalités de renouvellement de la période d'essai qui sont nécessairement négociées au niveau de la branche).

En l'absence d'accord, il y a trois possibilités :

- le dispositif ne peut pas être mis en place (exemple : forfaits annuels en heures ou en jours, recours au CDD à objet défini, renouvellement de la période d'essai) ;
- le dispositif peut être mis en place sur autorisation de l'inspecteur du travail (exemple : travail de nuit, équipes de suppléance) ;
- l'entreprise peut mettre en œuvre un dispositif supplétif prévu par le code du travail, destiné à pallier l'absence d'accord (exemple : aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine).

Exemples :

- aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année (art. L 3122-2 du Code du travail) ;
- en l'absence d'accord : dispositif supplétif d'aménagement du temps de travail sur au plus 4 semaines (art. D 3122-7-1 et D 3122-7-2 du Code du travail) ;

- conclusion de conventions individuelles de forfait annuel en heures ou en jours (art. L 3121-39 du Code du travail) ;
- en l'absence d'accord : aucune possibilité de conclure des conventions de forfait annuel en heures ou en jours ;
- mise en place du travail de nuit (art. L 3122-33 du Code du travail) ;
- en l'absence d'accord : sur autorisation de l'Inspecteur du travail, sous réserve notamment d'avoir engagé sérieusement et loyalement des négociations (art. L 3122-36 et R.3122-16 du Code du travail) ;
- mise en place d'équipes de suppléance (art. L 3132-16 du Code du travail) ;
- en l'absence d'accord : sur autorisation de l'Inspecteur du travail (art. L 3132-18 et R 3132-10 du Code du travail) ;
- mise en place du travail en continu (art. L 3132-14 du Code du travail) ;
- en l'absence d'accord : sur autorisation de l'Inspecteur du travail (art. L 3132-14 et R 3132-9 du Code du travail).

L'ISSUE DE LA NÉGOCIATION

Signature d'un accord

L'accord collectif doit être écrit. À défaut, il est nul (art. L 2231-3 du Code du travail).

La convention ou l'accord doit, dès lors, pour être valable, **comporter la signature des parties qui l'ont conclu** (Cass. soc. 8 janvier 2002, n°00-10886).

L'employeur négocie et signe les accords collectifs avec les syndicats représentatifs dans son entreprise, ces derniers étant représentés par leur DS (art. L 2232-1, L 2232-16 et L 2232-17 du Code du travail).

Important : le DS désigné pour représenter son organisation syndicale auprès du chef d'entreprise, est, par cette désignation, investi de plein droit du pouvoir de négocier et de conclure un accord d'entreprise. Aucune délibération ni mandat spécial n'est donc exigé.

Notification de l'accord aux non signataires

Une fois signé, l'accord doit être notifié par la partie la plus diligente des organisations signataires à l'ensemble des organisations représentatives (art. L. 2231-5 du Code du travail).

C'est à compter de cette **notification** que court le délai de 8 jours durant lequel des organisations majoritaires peuvent exercer leur **droit d'opposition**.

Afin d'éviter tout contentieux sur la date de la notification, l'administration recommande que celle-ci soit faite par lettre recommandée avec accusé de réception ou, si l'accord a été signé en séance, par remise d'un exemplaire de l'accord signé contre récépissé (circ. DRT 9 du 22 septembre 2004).

Échec des négociations

La rédaction d'un **procès-verbal de désaccord est imposée** en cas d'échec des négociations suivantes :

- négociation annuelle obligatoire (art. L. 2242-4 du Code du travail) ;
- négociation annuelle sur les modalités d'exercice du droit d'expression (art. L 2281 du Code du travail) ;
- négociation d'un accord collectif avec un salarié mandaté, l'objectif étant alors de fixer le début de la période de protection de l'intéressé ;
- négociations sur la mise en place d'un plan d'épargne d'entreprise et d'un PERCO (art. L 3334-2 du Code du travail).

Dans les autres cas, la rédaction d'un **procès-verbal de désaccord est facultative** lorsqu'une négociation collective d'entreprise ne débouche pas sur un accord.

Toutefois, les parties à la négociation peuvent se mettre d'accord pour rédiger un tel document à l'issue de la négociation infructueuse soit au cas par cas, soit en application d'un accord de méthode organisant les négociations dans l'entreprise. Le procès verbal de désaccord permet de consigner, en leur dernier état, les propositions respectives des parties à la négociation. Il attestera par ailleurs de la tenue effective d'une négociation et de sa date d'achèvement.