

AFFAIRE :
DOSSIER :
(à rappeler dans toute correspondance)

Monsieur le Directeur Général du Travail
39-43, quai André Citroën
75902 PARIS cedex 15

+ e-mail

Paris, le 15 novembre 2013

Monsieur le Directeur,

Vous avez bien voulu me demander de vous adresser les remarques et propositions qu'appelle de ma part la mise en œuvre de la loi du 20 août 2008 afin de contribuer au rapport qui doit être présenté avant la fin de cette année.

Je vous en remercie et vous adresse en réponse six propositions.

1. Les règles de révision des conventions et accords collectifs

Les dispositions actuellement codifiées à l'article L.2261-7 traduisent la solution de compromis adoptée par la loi du 31 décembre 1992 à la suite de l'arrêt Basirico. En ce qui concerne la conclusion de l'accord de révision, ce compromis a consisté à faire prévaloir la nature d'accord collectif de l'avenant de révision sur la conception purement contractuelle de la convention ou de l'accord collectif révisé, exprimée par ledit arrêt. La signature de l'avenant de révision est, en effet, réservée aux organisations syndicales représentatives et le niveau de consensus requis, positif et négatif, ne diffère pas de celui qui commande la conclusion de tout autre accord collectif. S'agissant au contraire de la détermination des acteurs de la négociation de révision, la solution adoptée reste empreinte d'une appréhension de l'accord collectif comme contrat, en ce qu'elle réserve cette négociation aux parties, signataires et adhérentes, à l'accord initial.

A cette époque et jusqu'à la loi du 20 août 2008, il ne faisait aucun doute que, si une organisation syndicale était représentative dans le champ d'application d'un accord collectif au moment où elle le signait ou lors de son adhésion, elle le serait encore à l'ouverture et à la clôture d'une éventuelle négociation ultérieure de révision. Etant donné la relative stabilité de l'échiquier syndical à tous les niveaux de négociation collective, il n'y avait pas d'inconvénient à subordonner le droit d'un syndicat de signer un accord collectif de révision à la double condition d'être signataire de l'accord initial ou d'y avoir adhéré, et d'être représentatif.

Cependant, cette stabilité a été bouleversée par les règles issues de la loi du 20 août 2008 qui régissent désormais la représentativité des organisations syndicales et la conclusion des accords collectifs. Telle organisation syndicale qui était représentative lors de la signature d'un accord collectif peut ne plus l'être lors de sa révision. Inversement, Telle qui n'était pas représentative peut l'être devenue entre temps. A l'extrême, si aucune des organisations signataires de l'accord initial n'est plus représentative lors de la révision, l'actuel article L.2261-7 est inapplicable et fait obstacle à toute révision.

Comment prévenir ce risque ? A quel critère convient-il de subordonner le droit de participer à une négociation de révision et de signer l'accord susceptible de le conclure ? A la qualité de signataire ou d'adhérent à l'accord initial, ou à la qualité d'organisation représentative à l'époque de la révision ?

La première solution paraît devoir être écartée. Elle conduirait, en effet, à ce qu'un accord de révision puisse être signé par des organisations qui ne seraient plus représentatives et qui, selon les règles de droit commun, n'auraient donc même pas qualité pour négocier un accord collectif. Autrement dit, elle reviendrait à soumettre la conclusion des accords de révision à une règle qui dérogerait à un droit commun spécialement conçu afin de garantir la légitimité des acteurs (chacun justifiant d'une audience minimale de 10% des suffrages exprimés) et des accords (leur conclusion supposant le consensus d'organisations cumulant une audience égale à 30%). On ne voit vraiment pas ce qui justifierait une telle dérogation.

Force est donc de retenir la seconde solution. Ne seraient admis à la négociation de révision que les organisations syndicales, représentatives lors de son ouverture, et l'accord concluant éventuellement cette négociation serait valablement formé, selon le droit commun, par des organisations représentant un niveau de consensus au moins égal à 30% des suffrages exprimés, pour autant que cet accord ne se heurte pas à une opposition majoritaire. L'article L.2261-7 pourrait être rédigé dans les termes suivants : *« Les organisations syndicales de salariés représentatives dans le champ d'application d'une convention ou d'un accord sont seuls habilitées à négocier et signer dans les conditions prévues au chapitre II du titre III les avenants qui en portent révision. »*

La recherche de la légitimité des acteurs de la négociation collective et des accords issus de celle-ci, fil conducteur de la réforme de 2008, serait ainsi sauvegardée jusque dans les négociations de révision des accords collectifs. En cohérence avec les dispositions générales relatives à la conclusion des accords collectifs, la modification proposée compléterait utilement la réforme.

A quelles objections cette modification pourrait-elle se heurter ? La qualité de signataire ou d'adhérent à l'accord initial deviendrait alors indifférente. Dès lors, les signataires et adhérents à un accord perdraient la maîtrise des évolutions éventuelles de celui-ci. La loi de 1992, qui avait désavoué l'exigence de l'unanimité des signataires et adhérents comme condition de la modification des accords collectifs, avait marqué la première étape d'une mise à distance de la conception contractuelle de ces derniers. A cet égard, la réforme proposée en marquerait une seconde étape.

Ou une troisième, après la loi de 2008 en ce qu'elle a ajouté un quatrième alinéa à l'article L.2261-10 du code du travail. Quoi que l'on pense par ailleurs de la cohérence de cette disposition¹, elle marquait déjà une certaine mise à distance des signataires initiaux d'un accord collectif dès lors qu'il suffisait que l'un d'eux ne soit plus représentatif pour qu'une ou plusieurs organisations syndicales représentatives, même non signataires de l'accord acquièrent le droit de le dénoncer à condition de justifier d'une audience supérieure à 50% des suffrages exprimés.

La réforme proposée marquerait ainsi l'aboutissement d'une évolution qui tend à ce que, à tout moment, la représentativité soit le seul fondement de l'habilitation d'une organisation syndicale à négocier et conclure les accords collectifs qui régissent les relations du travail au sein de la collectivité dont elle émane, que ce soit sur des sujets nouveaux ou afin de modifier les accords préexistants.

D'autre part, la réforme proposée supprimerait la difficulté de la détermination des organisations syndicales signataires ou adhérentes, seules habilitées à signer l'avenant de révision lorsqu'un accord a déjà fait l'objet de plusieurs révisions successives...

2. Les effets de l'acquisition et de la perte de la qualité d'organisations syndicale représentative sur le droit de participer aux organes créés par accord collectif

De même que les dispositions relatives à la révision des accords collectifs, celles qui régissent le droit d'une organisation syndicale de siéger dans les organismes paritaires et de participer à la gestion des institutions créées par les conventions et accords collectifs, de branche et interprofessionnel surtout (art. L.2261-4), ignorent les effets de la perte ou de l'acquisition de la représentativité d'une organisation syndicale, survenant en cours de mandat.

A la suite de la publication des arrêtés qui ont dressé la liste des organisations syndicales représentatives dans les différentes branches, il me semble qu'il y a lieu de se demander si l'appréciation ainsi effectuée à partir, notamment, de résultats électoraux collectés au cours des quatre années précédentes ne doit pas produire des effets immédiats, quelle que soit le terme des mandats en cours dans les organismes paritaires.

Or, je ne suis pas certain que le texte visé ci-dessus fixe une règle claire sur ce sujet qui préoccupe actuellement nombre de ces organismes, et qui, sauf erreur de ma part, n'est encore l'objet d'aucune jurisprudence décisive.

¹ Remarquer le surcroît d'incohérence entre, d'une part, le maintien de l'exigence d'unanimité (premier alinéa de l'article L.2261-10) pour qu'une dénonciation à l'initiative des O.S. produise effet, et, d'autre part, une réforme qui a rendu impossible la conclusion d'un accord par un seul syndicat sans condition d'audience.

En règle générale, la représentativité d'une organisation syndicale doit être appréciée au moment où s'exerce la prérogative qu'elle conditionne (J-M Verdier, Syndicats et Droit syndical, Dalloz 1987, vol.1, § 176 bis).

Toutefois, le « moment » de l'appréciation est-il nécessairement un instant (signature d'un accord, présentation de candidats) ou peut-il s'étendre dans le temps et coïncider avec la durée d'exercice d'un mandat, sachant que, contrairement à des représentants du personnel élus par les salariés de l'entreprise, syndiqués ou non, les administrateurs d'une institution paritaire telle qu'un OPCA, ne siègent qu'en qualité de représentants de l'organisation qui les a nommés ? En d'autres termes, suffit-il à l'organisation syndicale d'être représentative au moment où elle désigne ses représentants dans les instances paritaires ou doit-elle conserver cette qualité pendant toute la durée de leur mandat ?

Les termes de l'article L.2261-4 du code du travail peuvent être interprétés à l'encontre d'une appréciation de la représentativité d'un syndicat au seul moment où il désigne ses représentants, et en faveur de l'obligation pour le syndicat de justifier de sa représentativité pendant toute la durée du mandat de ses représentants. En effet, au titre des « droits et obligations » fondés sur une convention ou un accord collectif, qu'un syndicat adhérent partage avec les signataires initiaux de celui-ci à condition d'être représentatif et d'avoir adhéré à la totalité des clauses de l'accord, le texte vise spécialement le droit de « siéger dans les organismes paritaires et (de) participer à la gestion des institutions créées par la convention de branche ou l'accord professionnel... »

Ainsi, est-il intéressant de relever que l'objet du droit du syndicat a un caractère continu, qu'il n'est pas de nature à s'épuiser instantanément comme s'il consistait seulement à « désigner » les membres des organes paritaires. Ceci me semble justifier que chaque organisation syndicale participant à la gestion d'un organisme paritaire créé par un accord collectif doive justifier de sa représentativité pendant toute la durée du mandat de ses représentants, et que, si une organisation syndicale cesse d'être considérée comme représentative, elle cesse sans délai de siéger dans les instances paritaires.

Cette solution serait d'autant plus fondée que, d'une part, elle concorderait avec l'objectif de renforcement de la légitimité des acteurs du dialogue social qui irrigue la réforme de 2008 et que, d'autre part, aucun obstacle ne saurait être opposé à la participation immédiate d'une organisation syndicale nouvellement représentative dès lorsqu'elle aurait adhéré à l'accord collectif qui a institué l'organe paritaire.

Cependant, le texte cité ci-dessus ne régit que les effets de l'adhésion, tandis que la question posée ici concerne aussi toute organisation syndicale qui, ayant conclu un accord collectif ou adhéré à cet accord perd la qualité d'organisation représentative.

C'est pourquoi, il me semble que la section 3, dont l'article L.2261-4 fait partie, devrait traiter, non seulement, de l'adhésion, mais aussi, des droits des parties signataires, et que ce dernier pourrait être rédigé comme suit :

« Aussi longtemps qu'une organisation syndicale de salariés signataire d'une convention de branche ou d'un accord professionnel ou interprofessionnel, ou qui a adhéré à la totalité des clauses de celui-ci, demeure représentative dans le champ d'application de cet accord ou convention, elle a le droit de siéger dans les organismes paritaires et de participer à la gestion des institutions créées par cet accord ou convention. »

3. La mise en cause des conventions et accords collectifs d'entreprise

L'interprétation jurisprudentielle de l'article L.2261-14, selon laquelle tout transfert d'entreprise met en cause les conventions et accords collectifs d'entreprise au sein de l'entité transférée me semble très contestable dans sa généralité pour des raisons que j'ai déjà exposées².

La lettre du texte n'impose nullement cette interprétation et son fondement rationnel est obscur. S'agit-il de l'effet relatif des contrats ? Alors, comment justifier cette interprétation dans les cas de fusion et d'accords partiels d'actifs (scission/fusion) alors que l'entité qui en est issue n'est pas un tiers par rapport à l'entité d'origine, mais un ayant-droit à titre universel (art. L.236-1 C. Comm.) ?³ pourquoi les conventions et accords collectifs devraient-ils être précarisés par suite de telles opérations tandis que tous les autres engagements contractuels de l'entité d'origine sont transmis à l'entité d'accueil à la seule exception des contrats conclus intuitu personae ? S'agit-il de prendre en compte la nécessité d'unifier le statut collectif de la collectivité de travail entrante et de celle de l'entreprise d'accueil ? Alors, comment justifier la mise en cause lorsque l'entité d'accueil n'avait, avant le transfert, aucun personnel ou aucun statut collectif (c'est loin d'être une hypothèse d'école) ?

Il me semble que l'application des conventions et accords collectifs d'entreprise ne devrait être mise en cause que lorsque l'une des deux conditions évoquées ci-dessus est remplie ; c'est-à-dire, soit lorsque l'entité d'accueil est réellement un tiers, soit lorsqu'elle employait déjà avant le transfert des salariés dotés d'accords collectifs ayant le même objet.

4. Sur certains accords préélectoraux

A présent, il semble que la spécificité des accords préélectoraux par rapport aux accords collectifs proprement dits soit reconnue. Aux premiers, la régulation de la compétition intersyndicale ; aux seconds, celle de la collectivité de travail. D'où l'exigence d'un consensus élargi, à laquelle les premiers sont soumis.

² Controverse avec M-L Morin, R.D.T. 2008, n°1.

³ De plus, n'est-il pas critiquable que, contrairement aux accords collectifs, les engagements unilatéraux soient jugés opposables au nouvel employeur (Cass. Soc. 11/1/2012, n°10-14614).

Cependant, la mise en œuvre de la réforme de 2008 a révélé, au moins, trois anomalies (d'enjeux très inégaux).

Une première anomalie affecte les modalités de conclusion des accords de reconnaissance d'une unité économique et sociale. La Chambre Sociale reconnaît désormais que ce sont des protocoles préelectoraux. En revanche, la Haute Juridiction n'a pas encore eu l'occasion de remettre en question l'exigence d'unanimité qui était la sienne avant la réforme, cependant qu'il en résulte des difficultés fréquentes dans les entreprises.

Dès lors que le constat d'une U.E.S. délimite le périmètre de l'entreprise pour l'organisation du dialogue social (institutions élues et droit syndical), sa finalité est semblable à celle du constat de l'existence d'établissements distincts à l'intérieur de l'entreprise. Celui-ci donne lieu à la négociation d'un accord qui, pour être conclu, doit avoir recueilli une « double majorité » et, à défaut d'accord, à un arbitrage de l'administration (articles L.2314-31 et L.2327-7). Il paraît donc concevable de soumettre aux mêmes règles le constat d'une U.E.S.. De plus, lorsque le constat d'une U.E.S. doit être suivi de la délimitation d'établissements distincts, ce changement mettrait fin aux actuels relais entre les autorités judiciaire et administrative qui conduisent à retarder considérablement les élections au détriment du principe démocratique.

Plus généralement et dans le même esprit, ne conviendrait-il pas de considérer que la détermination des cadres ou des espaces d'organisation du dialogue social participe de la régulation d'une compétition intersyndicale et que, par suite, toutes les opérations de cette nature devraient être soumises aux mêmes règles (recherche d'un accord à la double majorité⁴ et arbitrage subsidiaire de l'administration) ?

Ainsi, la délimitation des établissements distincts pour l'exercice du droit syndical et pour la constitution des CHSCT, lorsqu'elle n'épouse pas par défaut le cadre d'institution des C.E., pourrait donner lieu à une négociation dont la conclusion serait aussi soumise à la règle dite de la « double majorité » et, à défaut d'accord, à un arbitrage administratif.

L'architecture normative du dialogue social gagnerait ainsi en cohérence, en simplicité et donc, en intelligibilité.

5. Les accords portant augmentation du nombre des mandats à pourvoir

⁴ L'enjeu des négociations de ce type militerait en faveur d'une règle d'unanimité. Cependant, étant donné les risques, de blocage que celle-ci comporte, donc de recours systématique à l'administration, l'exigence d'un consensus renforcé associant les syndicats qui ne sont pas encore ou qui ne sont plus représentatifs constitue un compromis raisonnable.

Si l'on admet que l'exigence d'un consensus renforcé, qui distingue le statut des accords de type électoral de celui des accords collectifs proprement dits, vise à garantir l'égalité de traitement des organisations syndicales concurrentes au cours de la compétition électorale, son champ d'application devrait être strictement circonscrit aux thèmes de négociation qui comportent cet enjeu.

En particulier, cet enjeu est étranger à la négociation, quelle que soit l'institution concernée, d'un nombre global de mandats à pourvoir supérieur à celui qui résulte du barème réglementaire ne double majorité. Sur ce thème, la conclusion d'un accord réalise essentiellement un compromis entre les intérêts de l'entreprise et ceux de la collectivité des salariés dans l'intérêt de laquelle les mandats représentatifs sont exercés. Il s'agit donc d'un accord collectif proprement dit.

Or, une disparité peut être observée entre les règles de conclusion des accords relatifs à ce thème. L'augmentation du nombre des D.P. n'est l'objet d'aucune disposition légale et la jurisprudence⁵ a reconnu que c'est l'objet d'un accord collectif de droit commun. En revanche, la loi de 2008 a introduit dans le code du travail une disposition qui soumet l'augmentation du nombre des membres d'un C.E. à un accord conclu à la double majorité (art. L.2324-1)⁶. Enfin, l'augmentation du nombre des membres d'un C.C.E. est subordonnée à un accord unanime des organisations syndicales (art. D.2327-1).

Il me semble que, eu égard à l'enjeu de l'augmentation du nombre des membres d'une institution représentative du personnel, elle ne devrait pas être subordonnée à un consensus excédant celui que requiert tout accord collectif de droit commun.

6. Le représentant syndical auprès du comité d'entreprise

Selon les dispositions de l'article L.2324-2, la désignation d'un représentant syndical auprès du comité d'entreprise est accessible à toute organisation syndicale, même non représentative, à la seule condition qu'elle ait « des élus ». Cette disposition a été adoptée par le Parlement à la surprise générale. Elle est étrangère à la Position Commune aussi bien qu'au projet de loi, et les débats parlementaires ne sont d'aucun secours pour quiconque recherche le fondement ou la finalité de ce qui apparaît comme une anomalie. Qu'est-ce qui peut justifier, en effet, qu'une représentation syndicale soit légitimée, non par la représentativité du syndicat, mais par une audience électorale qui a pu ne pas suffire à lui conférer cette qualité ?

⁵ Cass. Soc. 16/6/87, n°86-60339 ; 8/10/87, n°86-60475 ; 3/12/87, n°86-60489).


⁶ Contrairement à la jurisprudence antérieure qui reconnaissait la validité de clauses de ce type dans des conventions ou accords collectifs non unanimes (Cass. Soc. 8/6/99, n°97-60831 ; 8/12/2004, n°03-60508).

Le retour à la règle antérieure, selon laquelle il fallait – et il suffisait – que le syndicat soit représentatif pour avoir droit à une représentation spécifique au C.E. serait d'autant plus justifiée que, désormais, la réforme a donné à la représentativité une assise propre à chaque entreprise et qu'elle est périodiquement remise en question par l'épreuve électorale.

Telles sont les compléments et retouches qu'il me semblerait utile d'apporter à une réforme qui, plus généralement, améliore sensiblement les conditions juridiques du dialogue social.

En vous remerciant de m'avoir donné l'occasion de m'exprimer, je vous prie de croire, Monsieur le Directeur, en l'assurance de mes sentiments respectueux,

Bien cordialement



Henri-José Legrand