

# Réforme du Code du travail

Mise à jour le 16 juillet 2018

35

Fiche pratique

Négociation collective

## LA PERTINENCE DE CONTINUER À NÉGOCIER AU NIVEAU DE LA BRANCHE PROFESSIONNELLE

Cette fiche décrypte le contenu des ordonnances ratifiées par la loi du 29 mars 2018 et de leurs décrets.



[www.cfecgc.org](http://www.cfecgc.org)



Les ordonnances Macron ont clairement affiché la volonté de faire de l'accord d'entreprise l'alpha et l'oméga des normes sociales.

L'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017 a achevé la généralisation du principe de primauté de l'accord d'entreprise pour définir les normes sociales applicables dans l'entreprise.

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2018, dès lors qu'un accord d'entreprise existe sur un sujet, il évince l'accord de branche, ou l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, peu importe qu'il soit plus ou moins favorable que ce dernier, et peu importe leurs dates de conclusion respectives.

L'accord de branche est donc devenu par principe supplétif de l'accord d'entreprise, sauf exceptions prévues et encadrées par la loi. Cette supplétivité concerne des domaines aussi divers que le temps de travail, les durées de préavis, les indemnités de licenciement ou les primes d'ancienneté.

Les clauses de verrou, à savoir les clauses des accords de branche qui interdisent aux entreprises toute dérogation dans un sens moins favorable, ont cessé de produire leurs effets à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2018.

Cependant, l'accord de branche reste pertinent à bien des égards. Il est toujours utile, voire indispensable de rester investi syndicalement dans la négociation de branche.

Les développements qui suivent présentent les marges de manœuvre et atouts que conserve l'accord de branche, ainsi que quelques recommandations sur des points de vigilance.

## LES ARGUMENTS EN FAVEUR DE LA PERTINENCE DE LA NÉGOCIATION DE BRANCHE

**Même si l'environnement juridique a changé, la négociation de branche conserve ses atouts d'origine.**

- **La négociation de branche offre un rapport de force plus équilibré aux représentants syndicaux** : les partenaires sociaux disposent d'un recul et d'une indépendance supplémentaires par rapport aux négociateurs d'entreprise. Sans perdre de vue les réalités des entreprises, les négociateurs de branche sont moins directement soumis aux pressions patronales, ont les moyens d'avoir une vision plus globale des différentes pratiques dans les entreprises du secteur et sont souvent en lien plus étroit avec leur structure syndicale.
- **Les accords de branche constituent le droit collectif applicable dans toutes les entreprises où le dialogue social est difficile, voire impossible** (carence aux élections professionnelles, absence de représentation syndicale dans l'entreprise...), et notamment dans les très petites entreprises. Dans tous les cas, l'accord de branche s'applique tant qu'il n'y a pas d'accord d'entreprise !
- **Les conventions et accords de branche sont les premières sources d'inspiration pour les négociateurs au niveau de l'entreprise** : les dispositions de l'accord de branche constitueront toujours le point de départ de la négociation dans l'entreprise, même sur des sujets pour lesquels l'accord d'entreprise a aujourd'hui la primauté.

**Dans le nouvel environnement juridique, l'accord de branche constitue une norme sociale de référence minimale sur plusieurs sujets.**

**Le bloc 1 : domaines pour lesquels la loi impose le respect des garanties prévues par l'accord de branche<sup>1</sup>.**

Les ordonnances Macron sont venues enrichir la liste des garanties pour lesquelles la loi impose aux négociateurs d'entreprise le respect des garanties prévues par les conventions et accords collectifs de branche, ou les accords couvrant un champ territorial ou professionnel plus large.

Elle classe ces garanties dans les treize catégories suivantes, qui constituent ce que l'on appelle le bloc 1 :

- les salaires minima hiérarchiques ;
- les classifications ;
- la mutualisation des fonds de financement du paritarisme ;
- la mutualisation des fonds de la formation professionnelle ;

---

<sup>1</sup> Ou de l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large.

- les garanties collectives complémentaires mentionnées à l'article L. 912-1 du Code de la Sécurité sociale<sup>2</sup> ;
- les conditions et durées de renouvellement de la période d'essai dans un contrat de travail ;
- les modalités de transfert conventionnel des contrats de travail (en cas de perte de marché par exemple) ;
- s'agissant du temps de travail :
  - les dispositions fixant la période de référence en cas de répartition de la durée du travail sur une durée supérieure à la semaine ;
  - les dispositions instituant un régime d'équivalence ;
  - la fixation du nombre minimal d'heures entraînant la qualification de travailleur de nuit ;
  - s'agissant du travail à temps partiel :
    - les dispositions relatives à la durée minimale de travail hebdomadaire ;
    - les dispositions relatives à la majoration des heures complémentaires ;
    - les conditions dans lesquelles peuvent être conclus des avenants au contrat pour augmenter temporairement la durée de travail ;
- les dispositions relatives aux durées maximales des CDD, au délai de transmission du CDD au salarié ainsi qu'aux délais de carence entre deux contrats, ainsi que, pour les contrats de travail temporaire, les dispositions relatives aux durées maximales des contrats de mission, à leur renouvellement et aux délais de carence à respecter entre deux contrats ;
- les dispositions relatives à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ;
- les dispositions relatives au contrat à durée indéterminée de chantier (cf. la fiche de décodage dédiée) ;
- les cas de mise à disposition d'un salarié temporaire auprès d'une entreprise utilisatrice lorsque la mise à disposition vise à favoriser le recrutement de personnes sans emploi rencontrant des difficultés sociales et professionnelles particulières, ou lorsque l'entreprise de travail temporaire et l'entreprise utilisatrice s'engagent à assurer un complément de formation professionnelle au salarié ;
- en matière de portage salarial, les dispositions relatives à la rémunération minimale du salarié porté et au montant de l'indemnité d'apport d'affaires.

**Le bloc 2 : domaines pour lesquels la loi permet aux partenaires sociaux d'imposer le respect des garanties prévues par l'accord de branche<sup>3</sup>.**

La loi El Khomri imposait aux négociateurs de branche de négocier le contenu de « *l'ordre public conventionnel* ». Il s'agissait, pour les accords de branche, de déterminer précisément quelles étaient les dispositions qui s'imposaient aux accords d'entreprise comme un minimum, et quelles étaient celles qui étaient ouvertes à la dérogation.

<sup>2</sup> Il s'agit des garanties collectives qui se caractérisent par un degré élevé de solidarité et comprennent à ce titre des prestations à caractère non directement contributif. Ces garanties ont pour objet la couverture du risque décès, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité, des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité, des risques d'inaptitude et du risque chômage, ainsi que la constitution d'avantages sous forme de pensions de retraite, d'indemnités ou de primes de départ en retraite ou de fin de carrière.

<sup>3</sup> Ou de l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large.

Ces dispositions relatives à « *l'ordre public conventionnel* » ont été abrogées par l'ordonnance relative au renforcement de la négociation collective du 22 septembre 2017. Pour autant, le concept ne disparaît pas puisque l'ordonnance prévoit, dans certains cas, la possibilité pour les partenaires sociaux de faire primer l'accord de branche, ou l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, sur l'accord d'entreprise.

Cette possibilité concerne les dispositions relatives :

- au seuil de désignation des délégués syndicaux (DS), au nombre de DS et à la valorisation de leur parcours syndical ;
- à la prime pour travaux dangereux ou insalubres ;
- à la prévention de l'exposition aux facteurs de risques professionnels ;
- à l'insertion professionnelle et au maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés.

Ces quatre domaines constituent ce que l'on appelle communément « le bloc 2 ».

### **Une application de l'accord de branche toutefois limitée par l'application de l'accord d'entreprise comportant des garanties au moins équivalentes.**

Même dans les domaines pour lesquels le principe de primauté de l'accord d'entreprise est écarté par la loi ou par l'accord de branche, l'accord d'entreprise pourra s'appliquer s'il comporte des garanties au moins équivalentes à celles prévues par l'accord de branche.

Les ordonnances ont ainsi substitué cette nouvelle notion de « *garanties au moins équivalentes* » à celle bien connue de dispositions plus favorables.

La notion de garanties au moins équivalentes vise à **substituer à l'évaluation du « mieux » celle du « au moins égal à »**, notion plus quantitative que qualitative. Il s'agirait alors de pouvoir compenser une mesure moins favorable par l'octroi d'un autre avantage ou d'une autre garantie, ou de substituer une garantie par une autre, de nature différente.

En pratique, il n'est pas certain que l'appréciation de l'équivalent soit plus simple que celle du plus favorable - bien au contraire !

Et cela est d'autant plus vrai avec la précision apportée par la loi de ratification, selon laquelle l'équivalence des garanties s'apprécie par **ensemble de garanties se rapportant à la même matière.**

D'après les débats parlementaires, la matière ainsi visée correspondrait à l'une des 13 catégories constituant le bloc 1, ou l'un des quatre sujets relevant du bloc 2.

Certaines « matières » ne poseront sans doute pas de difficulté particulière de définition et de comparaison, dans la mesure où elles concernent un avantage spécifique et bien particulier. Ce sera par exemple le cas de la prime pour travaux insalubres ou dangereux.

En revanche, comment sera-t-il possible d'apprécier objectivement l'équivalence des garanties en matière de protection sociale complémentaire ? Comment comparer un régime « incapacité, invalidité, décès » institué par la branche, et comportant un haut degré de solidarité, et un régime « incapacité, invalidité, décès » institué par l'entreprise qui prévoit des couvertures différentes de celles retenues par la branche pour chaque risque ?

Ou encore, comment comparer de manière globale des dispositions relatives à la durée du travail touchant des sujets aussi décorrélés des uns des autres que le seuil de déclenchement de la qualification de travailleur de nuit, les horaires d'équivalence ou la durée minimale de travail des salariés à temps partiel ?

La notion de garanties au moins équivalentes posera également des problèmes particuliers en matière de mutualisation des fonds de la formation professionnelle. Des accords d'entreprise pourront-ils s'affranchir de la contribution conventionnelle supra légale prévue par un accord de branche pour organiser leur propre mutualisation, remettant ainsi en cause les équilibres décidés au niveau de la branche ?

Ces nouvelles règles d'articulation des accords collectifs présagent donc des difficultés de mise en œuvre et d'interprétation. Il faut les avoir en tête lors des négociations au niveau de la branche.

### **L'accord de branche étendu conserve un champ d'intervention particulier.**

Le Code du travail prévoit, dans certains cas, le maintien d'un accord de branche étendu. Seul un accord de branche pouvant être étendu, ces dispositions donnent un « monopole » à l'accord de branche pour traiter de ces sujets.

Il en est ainsi :

- de la mise en place d'un régime de participation dans les entreprises agricoles (article L3323-7 non modifié à ce stade dans le projet de loi PACTE) ;
- des dérogations dans le choix du service de SST (article L. 4325-2 non modifié à ce stade par le projet de loi LCAP).

Ces situations n'étant visées ni dans le « bloc 1 » ni dans le « bloc 2 », nous en déduisons qu'un accord d'entreprise ne peut déroger aux prescriptions de l'accord de branche étendu.

## **DES RECOMMANDATIONS POUR BIEN OPTIMISER LES APPORTS DE L'ACCORD DE BRANCHE**

### **De la méthode**

- Avoir l'inventaire de tous les accords de branche applicables dans la branche avant d'entamer la réflexion sur les différents blocs.
- Envisager un accord de méthode pour caler la nouvelle grille de lecture des stipulations de la convention collective et des accords professionnels.

## Des points de vigilance

### Concernant certains sujets du Bloc 1

- *Les salaires minima hiérarchiques*

Les accords de branche contiennent de nombreuses expressions pour parler des salaires : « salaire conventionnel », « salaire horaire », « rémunération mensuelle minimale », « rémunération annuelle hiérarchique », « rémunération annuelle minimale ».

Ces expressions étaient neutres au regard d'un accord d'entreprise avant les ordonnances Macron, l'accord d'entreprise ne pouvant s'appliquer que lorsqu'il prévoyait des éléments plus favorables que les clauses de l'accord de branche (un 14<sup>e</sup> mois si l'accord de branche prévoyait un 13<sup>e</sup> mois, des primes spécifiques en plus de celles prévues par l'accord de branche...). Peu importait s'il s'agissait des salaires minima ou de la rémunération minimale. Le tout s'imposait à l'entreprise.

Avec le principe de primauté de l'accord d'entreprise et le champ réservé à l'accord de branche concernant exclusivement « les salaires minima hiérarchiques », la donne change ! Un 13<sup>e</sup> mois prévu par l'accord de branche peut être écarté par un accord d'entreprise en raison d'une situation particulière (problème financier de l'entreprise, conquête d'un marché qui exige une baisse des coûts...). En effet, ce n'est pas du salaire minimum hiérarchique stricto sensu. Et donc ces pratiques de rémunération ne sont pas couvertes par le « verrou » de l'accord de branche. Le dumping social est enclenché !

Pour mettre en place un verrou sur le sujet des primes et de la rémunération, il faut que les partenaires sociaux décident que les éléments de rémunération (le 13<sup>e</sup> mois par exemple) font partie intégrante de la notion de « salaire minima hiérarchique ».

Il faut donc changer de vocabulaire et préciser le contenu des salaires minima hiérarchiques. Il importe de négocier un salaire minima hiérarchique qui recouvre à la fois un montant minimum et une structuration (un treizième mois proportionnel au salaire, primes...).

- *Point spécifique sur les forfait-jours*

Pour la CFE-CGC, lorsqu'un accord de branche prévoit une rémunération minimale applicable aux salariés en forfaits-jours, celle-ci appartient nécessairement aux « salaires minima hiérarchiques » qui s'imposent à l'accord d'entreprise, sauf si ce dernier comporte des garanties au moins équivalentes. Toutefois, pour éviter toute ambiguïté et risque de contentieux, dans votre accord de branche, nous vous recommandons de vous référer désormais expressément aux « salaires minima hiérarchiques » lorsqu'est abordée la rémunération minimale des salariés en forfait-jours.

## **Concernant les sujets du Bloc 2**

- Le délai pour confirmer le verrou déjà existant : 1<sup>er</sup> janvier 2019.

### **ATTENTION**

**Les partenaires sociaux de la branche ont jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2019 pour réaffirmer la valeur impérative des dispositions du bloc 2 conclues avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance.**

**Ces clauses de verrou déjà existantes continueront donc de produire effet jusqu'au 31 décembre 2018.**

**Pour prolonger leur effet au-delà de cette date, il faudra les confirmer expressément par avenant.**

- Il reste possible d'inclure une clause de verrou expresse après le 1<sup>er</sup> janvier 2019, même si elle n'existait pas, ou si celle qui existait n'a pas été confirmée dans les délais.
- Exemple de clause : « conformément à l'article L. 2253-2 du Code du travail, les accords d'entreprises ne peuvent déroger dans un sens moins favorable aux salariés aux dispositions du présent article (du chapitre, ou de la section, en fonction de la rédaction de l'accord) ».
- Des recommandations sur trois thèmes :
  - *l'insertion professionnelle et le maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés* : si vous avez besoin d'informations, voir l'intranet de la confédération, rubrique ressources, dossier « handicap » ;
  - *l'effectif à partir duquel les délégués syndicaux peuvent être désignés, leur nombre et la valorisation de leurs parcours syndical* : penser à maintenir ce qui existe dans des accords de branches existants s'ils sont plus favorables que les dispositions légales issues des ordonnances Macron ;
  - *les primes pour travaux dangereux ou insalubres* : si possible, il faut toujours demander à verrouiller une prime pour minimiser le risque de dumping social.

## **Concernant la notion de « Garanties au moins équivalentes »**

Même dans les domaines pour lesquels le principe de primauté de l'accord d'entreprise est écarté par la loi ou par l'accord de branche, l'accord d'entreprise pourra s'appliquer s'il comporte des garanties au moins équivalentes à celles prévues par l'accord de branche.

- Préconisations :
  - Demander à la délégation patronale comment elle appréhende les modalités par lesquelles les entreprises pourraient s'affranchir des dispositions de la convention de branche au moyen de garanties au moins équivalentes.
  - Essayer d'identifier les sujets à risque ?