



**NÉGOCIATION  
COLLECTIVE**

**ACCORD  
D'ENTREPRISE  
OU D'ÉTA-  
BLISSEMENT  
VS  
ACCORD  
DE BRANCHE**

**ORDONNANCES MACRON**

# SOMMAIRE

## Accord d'entreprise ou d'établissement vs accord de branche

La généralisation des accords majoritaires

Le recours au référendum

La négociation dans les entreprises sans délégué syndical

Les négociations obligatoires

Accord d'entreprise vs accord d'établissement

Des accords pour répondre aux fonctionnements des entreprises

Information des salariés chaque année des adresses des syndicats de branche

Contentieux des accords collectifs

Le droit d'expression des salariés

Un observatoire d'analyse et d'appui au dialogue social et à la négociation

Les branches et leurs négociations obligatoires

Les conditions d'extension et d'élargissement d'accords de branche

### **Ord. 2017-1385 du 22-9-2017 art. 1, 4° et art. 16**

Cette réforme s'inscrit dans la continuité de la **loi Travail du 8 août 2016** qui avait conféré une primauté à l'accord d'entreprise dans la plupart des domaines relevant de la durée du travail, des repos et des congés.

À compter du **1<sup>er</sup> janvier 2018**, la **primauté de l'accord d'entreprise sur l'accord de branche devient le principe**, sauf dans des domaines limitativement énumérés par la loi où l'accord de branche prime de manière impérative ou peut interdire aux accords d'entreprise de comporter des stipulations différentes.

Dans le cadre de sa réécriture du chapitre relatif aux rapports entre accords d'entreprise ou d'établissement et accords de branche, l'**ordonnance 2017-1385 du 22 septembre 2017** consacre le principe de la primauté de l'accord d'entreprise ou d'établissement sur l'accord de branche, faisant ainsi de **l'entreprise le niveau de droit commun en matière de négociation collective**.

L'ordonnance ne revient pas sur l'articulation entre accord d'entreprise et accord d'établissement, qui continue à être régie par le principe suivant : **si l'accord d'entreprise le prévoit**, il prime sur les accords d'établissement conclus antérieurement ou postérieurement (**C. trav. art. L.2253-6**).

## **Trois blocs thématiques définissant les rapports accord de branche/accord d'entreprise**

L'**ordonnance 2017-1385 du 22 septembre 2017** prévoit une logique de primauté par domaines, répartis en 3 blocs :

- 13 thèmes « **obligatoires** » dans lesquels les accords de branche priment de manière impérative sur les accords d'entreprise, sauf garanties au moins équivalentes apportées par ces derniers (**bloc n° 1**) ;
- 4 thèmes « **facultatifs** » dans lesquels les accords de branche peuvent se reconnaître eux-mêmes une primauté sur les accords d'entreprise postérieurs, et empêcher ainsi toute application des accords d'entreprise dérogatoires, sauf garanties au moins équivalentes apportées par ces derniers (**bloc n° 2**) ;
- pour l'ensemble des **autres thèmes**, les accords d'entreprise priment sur les accords de branche, même plus favorables (**bloc n° 3**).

## **Bloc n° 1 : thèmes où l'accord de branche prime de façon impérative**

### **Une liste limitative de 13 thèmes**

L'**ordonnance 2017-1385 du 22 septembre 2017** prévoit dans un premier bloc une liste **limitative** de 13 thèmes réservés à la branche, c'est-à-dire ceux pour lesquels l'accord de branche prime sur les accords d'entreprise conclus **antérieurement** ou **postérieurement** (**C. trav. art. L.2253-1 réécrit**) :

1. les **salaires minima** hiérarchiques ;
2. les **classifications** ;
3. la **mutualisation** des fonds de financement du **paritarisme** et de la **formation** professionnelle ;
4. les garanties collectives de **protection sociale complémentaire** ;
5. certaines mesures relatives à la **durée du travail** : régime d'équivalences (**C. trav. art. L.3121-14**), période de référence à retenir pour définir les modalités d'aménagement du temps de travail et organiser la répartition de la durée du travail sur une période supérieure à la semaine (**C. trav. art. L.3121-44, 1°**), nombre minimal d'heures entraînant la qualification de travailleur de nuit (**C. trav. art. L.3122-16**), durée minimale du travail à temps partiel (**C. trav. art. L.3123-19, al. 1<sup>er</sup>**), taux de majoration des heures complémentaires (**C. trav. art. L.3123-21**) et augmentation temporaire de la durée du travail à temps partiel (**C. trav. art. L.3123-22**) ;
6. certaines mesures relatives aux contrats de travail à durée déterminée (**CDD**) et aux contrats de travail temporaire (**CTT**) : durée totale du contrat (**C. trav. art. L.1242-8 modifié ; C. trav. art. L.1251-12 modifié**), nombre maximal de renouvellements (**C. trav. art. L.1243-13 modifié ; C. trav. L.1251-35 modifié**), délai de carence en cas de succession de contrats (**C. trav. art. L.1244-3 modifié ; C. trav. art. L.1251-36 modifié**) ;
7. le **recours au travail temporaire** au titre des mesures pour l'emploi et la formation professionnelle (**C. trav. art. L.1251-7, 1° et 2°**) ;
8. les mesures relatives au contrat à durée indéterminée (**CDI**) **de chantier**, notamment les motifs de recours (**C. trav. art. L.1223-8 nouveau**) ;
9. **l'égalité professionnelle** entre les femmes et les hommes ;
10. les conditions et les durées de **renouvellement de la période d'essai** (**C. trav. art. L.1221-21**) ;
11. les modalités de **transfert conventionnel** des contrats de travail (lorsque les conditions de **l'article L.1224-1 du Code du travail** ne sont pas réunies) ;
12. Les cas de mise à disposition d'un salarié temporaire auprès d'une entreprise utilisatrice mentionnés aux 1° et 2° de **l'article L.1251-7 du code du travail** ;
13. la **rémunération minimale** du **salarié porté** (**C. trav. art. L.1254-2**), ainsi que le montant de **l'indemnité d'apport d'affaires** (**C. trav. art. L.1254-9**).

### **Remarque**

Parmi les mesures relatives aux CDD/CTT, **l'ordonnance 2017-1385 du 22 septembre 2017** vise **l'article L.1242-13 du Code du travail** qui concerne l'obligation de transmission du CDD au salarié au plus tard dans les 2 jours ouvrables suivant l'embauche. Or il ne peut s'agir que d'une **erreur** : d'une part, cette disposition d'ordre public n'a pas été modifiée par **l'ordonnance 2017-1387 du 22 septembre 2017** pour la faire relever du domaine de la branche, d'autre part, il semble plus vraisemblable que le Gouvernement ait souhaité viser, en réalité, **l'article L.1243-13** qui, désormais, confie à l'accord de branche étendu le soin de prévoir le nombre maximal de renouvellements possibles pour un CDD. Cette erreur devrait être corrigée dans une future ordonnance rectificative.

## Thèmes ajoutés ou retranchés au bloc n° 1

Jusqu'à présent, le bloc n° 1 comprenait les salaires minima, les classifications, la mutualisation des fonds de la formation professionnelle, les garanties collectives de protection sociale complémentaire et, depuis la **loi Travail du 8 août 2016**, la prévention de la pénibilité et l'égalité professionnelle femmes/hommes (**C. trav. art. L.2253-3 ancien**).

Avec l'**ordonnance 2017-1385 du 22 septembre 2017**, il s'est donc **enrichi** de nouveaux thèmes.

Dans le même temps, il a perdu la pénibilité (ou, selon la nouvelle dénomination, la prévention des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels), transférée au bloc n° 2.

Parmi les nouveaux thèmes rattachés au bloc n° 1, plusieurs relevaient déjà de la négociation de branche.

Tel est le cas des mesures précitées relatives à la durée du travail, au renouvellement de la période d'essai, au recours au travail temporaire au titre des mesures pour l'emploi et la formation professionnelle, à la rémunération minimale et à l'indemnité d'apport d'affaire du salarié porté qui figuraient dans des dispositions éparées du Code du travail.

S'agissant du renvoi à la négociation de branche des conditions de transfert conventionnel des contrats de travail, l'ordonnance ne fait que confirmer une pratique antérieure. En effet, avant la publication de l'ordonnance, les interlocuteurs sociaux des principales branches d'activité concernées (restaurants de collectivités, entreprises de propreté, entreprises de prévention et de sécurité, etc.) avaient déjà conclu des accords collectifs visant à imposer au nouveau prestataire la reprise des salariés affectés à ce marché lorsque les conditions de **l'article L.1224-1 du Code du travail** n'étaient pas réunies.

### À noter

Relevons toutefois que l'ordonnance n'a pas supprimé l'**obligation de conclure un accord de branche étendu** prévue dans certains domaines par les **articles L.1221-21** (période d'essai), **L.1251-7, 1° et 2°** (recours au travail temporaire), **L.1254-2** (rémunération minimale du salarié porté), **L.1254-9** (indemnité d'apport d'affaires), **L.3121-14** (régime d'équivalences), **L.3122-16** (travail de nuit), **L.3123-19** (durée minimale temps partiel), **L.3123-21** (majoration heures complémentaires) et **L.3123-22** (augmentation temporaire du travail à temps partiel) du Code du travail.

D'autres thèmes ajoutés au bloc n° 1 relevaient, pour leur part, de la loi. Tel est le cas des mesures précitées relatives aux **CDD** et aux **CTT**. Désormais, ce n'est qu'à défaut d'accord de branche sur ces thèmes que les dispositions légales s'appliqueront.

Est également concerné le **financement mutualisé du paritarisme**, bien que des dispositions figurent toujours aux **articles L.2135-9 et suivants du Code du travail**, à défaut d'avoir été supprimées par l'ordonnance.

Enfin, dans un cas isolé, l'ordonnance a retiré un thème du bloc n° 3 pour le placer dans le bloc n° 1 : il s'agit de la définition de la période de référence à retenir pour définir l'aménagement du

temps de travail et organiser la répartition de la durée du travail sur une période supérieure à la semaine. Jusqu'à présent, il résultait de **l'article L.3121-44, 1° du Code du travail** que cette période de référence était définie en priorité par l'accord d'entreprise si elle n'excédait pas un an. Au-delà, et dans la limite de 3 ans, l'autorisation de la branche était nécessaire. Désormais, la branche l'emporte et sa compétence n'est plus limitée.

#### À noter

L'article **L.3121-44, 1°**, dont les termes n'ont pas été modifiés par les **ordonnances du 22 septembre 2017**, devrait être adapté par une future ordonnance rectificative.

### Cas d'application de l'accord d'entreprise

Dans les 13 matières relevant du bloc n° 1, un accord d'entreprise peut trouver à s'appliquer s'il assure des **garanties au moins équivalentes** à celles prévues par l'accord de branche (**C.trav. art. L.2253-1 réécrit**).

#### À noter

L'**ordonnance 2017-1385 du 22 septembre 2017** substitue au principe de faveur (prévu à **l'ancien article L.2253-1 du Code du travail**) un principe d'équivalence qui pourrait constituer non seulement un infléchissement par rapport au principe de faveur, mais aussi une source d'interprétations multiples et donc de contentieux (**voir encadré ci-dessous**).

La question se pose notamment de savoir si ce principe d'équivalence doit être apprécié de façon globale au regard de l'ensemble des clauses de l'accord (pour une illustration de cette méthode de comparaison, voir **Cass. soc. 19-2-1997 n° 94-45.286 PBF : RJS 4/97 n° 444** et **Cass. soc. 3-11-1999 n° 98-44.271**) ou si la comparaison doit être effectuée **avantage par avantage**. On peut aussi se demander si le caractère équivalent doit être apprécié globalement pour l'ensemble des salariés ou individuellement.

Sur ces questions, **l'article L.2253-1** dispose désormais que les garanties équivalentes doivent être assurées par l'accord d'entreprise « *dans les matières énumérées* » par ce texte. Cette rédaction laisse penser, par exemple, qu'il faudrait comparer les dispositions de l'accord d'entreprise et de l'accord de branche se rapportant aux contrats de travail à durée déterminée et voir si globalement, les garanties prévues par l'accord d'entreprise en la matière sont au moins équivalentes à celles stipulées dans l'accord de branche.

D'après le rapport destiné au Président de la République et annexé à l'ordonnance, l'équivalence doit être appréciée **domaine par domaine**. Cette position devrait, en principe, conduire à isoler chaque ensemble de garanties relevant du même domaine.

Dans les 13 matières relevant du bloc n° 1, l'accord d'entreprise peut aussi s'appliquer en l'absence d'accord de branche, sous réserve de respecter les dispositions légales et réglementaires d'ordre public. Il peut ainsi comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des

lois et règlements en vigueur, sauf s'il s'agit de dispositions d'ordre public absolu (**C. trav. art. L.2251-1**), ou des dispositions différentes de la loi (c'est-à-dire moins favorables ou portant sur d'autres thématiques), lorsque celle-ci est supplétive par rapport aux accords d'entreprise ou autorise expressément la dérogation.

### À noter

Dans les matières du bloc n° 1 où la loi prévoit des dispositions supplétives en l'absence d'accord de branche étendu (par exemple s'agissant des CDI de chantier), il pourrait être soutenu qu'elles interdisent aux entreprises de négocier sur ces sujets en l'absence d'un tel accord. Cette interprétation doit être écartée dès lors que **l'article L.2253-1** permet à l'accord d'entreprise de s'appliquer dans ces matières, à condition de respecter l'exigence **d'équivalence des garanties**. Il convient, dans ce cas, d'appliquer les règles classiques régissant les rapports entre loi et accord collectif : application de l'accord d'entreprise s'il est plus favorable que la loi (sauf si la disposition légale en cause est d'ordre public absolu) ou s'il déroge à la loi dans les limites qu'elle a elle-même fixées.

## Apprécier la notion de garanties équivalentes

L'accord d'entreprise peut étendre son rayonnement au-delà du seul bloc 3 dès lors qu'il présente des « *garanties au moins équivalentes* » à celles prévues par les accords de branche dans les domaines listés par les blocs 1 et 2.

Reste que cette notion de "*garanties équivalentes* " est bien floue.

Pour Franck Morel, rien de vraiment nouveau toutefois. « *L'exercice auquel va se livrer le juge est le même que celui exercé pour le principe de faveur. Il va se livrer à un exercice de comparaison pour voir si l'accord d'entreprise n'est pas moins-disant. La comparaison se fera dans les mêmes conditions* », a-t-il expliqué lors du colloque de la CCI Île-de-France. Sauf que - rappelons-le - il ne s'agira pas de rechercher quelle est la disposition la plus favorable au salarié, mais **de vérifier qu'il existe bien des garanties au moins équivalentes dans l'accord d'entreprise à celles prescrites par la branche**.

Paul-Henri Antonmattei rappelle que le rapport au Président de la République sur l'ordonnance 1 prévoit une comparaison « *domaine par domaine* ». S'agissant d'un accord d'entreprise qui traiterait de plusieurs thèmes du bloc 1, il estime qu'il « *est possible de soutenir que c'est l'ensemble des stipulations qui doivent être au moins équivalentes en raison de l'indivisibilité des stipulations de l'accord. L'équivalence sera alors appréciée en additionnant des stipulations portant sur des matières différentes* ».

### Tours de passe-passe entre les blocs

De vifs débats sur cette articulation ont aussi émergé à la suite de l'accord signé dans le secteur des transports routiers. Lors du colloque de la CCI Île-de-France, le conseiller social de Matignon a défendu l'accord des routiers par rapport à la logique des ordonnances : « *Il ne rajoute rien aux*



17 items des blocs 1 et 2. La question est de savoir ce qu'on met dans chaque item ». Selon lui, les routiers n'ont fait « qu'utiliser quelque chose qui est très ancien : la définition de l'assiette du salaire minimum hiérarchique ». Et d'insister : « C'est un montant et non une structure qui a été verrouillé dans l'accord ».

Paul-Henri Antonmattei est plus circonspect. « **Est-ce qu'on peut manipuler le concept de salaire minimum hiérarchique ? Même si le ministère a répondu oui et qu'il étendra l'accord, ce n'est pas pour ça que le débat est clos. Il n'a jamais été question de faire entrer toutes les primes dans le salaire minimum de branche. On a incontestablement une difficulté devant nous** ».

Une pratique qui a déjà fait tache d'huile dans d'autres branches comme chez les dockers.

**Cette profession**, qui annonce par communiqué que **sa convention collective primera sur des accords d'entreprises**. Le gouvernement a accepté de faire cette exception, au terme de plusieurs réunions entre ministères des Transports, du Travail et des organisations patronales. Pour justifier cette exception, CGT et gouvernement avancent **la spécificité du « monde portuaire »** déjà acté via deux textes de loi, en 2008 et en 2015.

## Bloc n° 2 : thèmes que l'accord de branche peut verrouiller

Une liste **limitative** de 4 thèmes

Sous réserve de prévoir une clause de verrouillage en ce sens, l'accord de branche peut toujours interdire aux accords d'entreprise conclus postérieurement de comporter des stipulations différentes. Mais il ne peut user de cette faculté que dans certaines matières limitativement énumérées (**C. trav. art. L.2253-2 réécrit**), à savoir :

1. la prévention des effets de l'exposition aux facteurs de **risques professionnels** ;
2. l'insertion professionnelle et le maintien dans l'emploi des **travailleurs handicapés** ;
3. l'**effectif** à partir duquel les **délégués syndicaux** peuvent être désignés, leur **nombre** et la valorisation de leurs **parcours syndicaux** ;
4. les primes pour **travaux dangereux** ou insalubres.

### À noter

La faculté pour la branche de verrouiller certains thèmes de négociation s'exerce par rapport aux accords d'entreprise conclus postérieurement (et non antérieurement) à l'accord de branche (**C. trav. art. L.2253-2 réécrit**). Cela signifie que si une branche verrouille l'un des thèmes de négociation, cette clause de l'accord de branche n'aura pas de portée vis-à-vis d'un accord d'entreprise conclu antérieurement sur ce thème.

### Cas d'application de l'accord d'entreprise



Dans les matières relevant du bloc n° 2, un **accord d'entreprise postérieur** à l'accord de branche **peut trouver à s'appliquer** :

- en présence d'une clause de verrouillage : s'il assure des **garanties au moins équivalentes** à celles prévues par l'accord de branche (**C. trav. art. L.2253-2 réécrit**) ;
- en l'absence de clause de verrouillage ou d'accord de branche : dans tous les cas, à condition de respecter les dispositions d'**ordre public** de la loi et des règlements.

### **Une faculté de verrouillage réduite par rapport au dispositif antérieur**

Jusqu'à présent, l'accord de branche pouvait s'opposer à toute dérogation par accord d'entreprise ou d'établissement dans tous les domaines de la négociation collective (**C. trav. art. L.2253-3, al. 2 ancien**), à l'exception, depuis la **loi Travail du 8 août 2016**, de la majorité des sujets relatifs à la durée du travail, aux repos et aux congés (ces thèmes relevant prioritairement de l'accord d'entreprise). Donc sauf exception, les branches n'étaient pas limitées dans leur faculté d'insérer des clauses de verrouillage dans leurs accords. Elles étaient d'ailleurs tenues, en application de la loi Travail, d'engager une négociation portant sur la définition de leur **ordre public conventionnel** au plus tard **le 7 août 2018**. Mais compte tenu de la faculté désormais limitée pour les branches de verrouiller certains thèmes de négociation, cette disposition a été logiquement supprimée par l'ordonnance.

#### **À noter**

Conséquence des clauses de verrouillage conclues en grand nombre par les branches : les accords d'entreprise ne pouvaient comporter que des dispositions nouvelles ou plus favorables aux salariés que celles contenues dans les accords de branche (**C. trav. art. L.2253-1 ancien**). Lorsqu'un accord de branche venait à s'appliquer dans l'entreprise postérieurement à la conclusion d'un accord d'entreprise, les stipulations de ce dernier devaient être adaptées en conséquence (**C. trav. art. L.2253-2 ancien**).

**Ces règles légales ont été supprimées par l'ordonnance 2017-1385 du 22 septembre 2017 (Ord. 2017-1385 du 22-9-2017 art. 1, 4°).**

En revanche, a été maintenue la disposition permettant aux clauses salariales des accords d'entreprise ou d'établissement de prévoir des modalités particulières d'application des majorations de salaires décidées par les accords de branche sous réserve de remplir certaines conditions.

### **Marge de manœuvre de la branche par rapport aux thèmes du bloc n° 2**

La loi renvoie actuellement **au décret** le soin de préciser le nombre de délégués syndicaux en fonction de l'effectif de l'entreprise (**C. trav. art. L.2143-12, R.2143-2**). Ces dispositions devront servir de référence à l'accord de branche qui ne pourra que disposer plus favorablement que la loi et le règlement en augmentant ce nombre. L'accord de branche pourra ainsi prévoir la désignation de délégués syndicaux supplémentaires, ce que permettait déjà la jurisprudence avant

l'ordonnance (*Cass. soc. 16-1-1991 n° 89-61.498 D ; Cass. soc. 3-4-2001 n° 99-60.384 FS-PB ; Cass. soc. 5-3-2008 n° 07-60.305 FS-PB : RJS 5/08 n° 565*).

Quant à l'**effectif à partir duquel ces délégués peuvent être désignés**, il est déjà fixé par l'**article L.2143-3 du Code du travail** qui n'a pas été supprimé par les **ordonnances du 22 septembre 2017**. L'accord de branche pourra donc disposer plus favorablement, par exemple en abaissant ou supprimant ce seuil, comme c'était déjà le cas auparavant (*Cass. soc. 6-11-1985 n° 85-60.252 P ; Cass. soc. 21-10-1992 n° 91-60.376 P : RJS 12/92 n° 1398 ; Cass. soc. 13-2-2008 n° 07-60.142 F-D*).

S'agissant de la **valorisation du parcours syndical**, la loi renvoyait déjà à l'accord collectif le soin de déterminer les mesures à mettre en œuvre pour concilier la vie personnelle, la vie professionnelle et les fonctions syndicales et électives en veillant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes et à prendre en compte l'expérience acquise par les représentants du personnel dans leur évolution professionnelle (**C. trav. art. L.2141-5**). Cette disposition n'ayant pas été supprimée par les ordonnances, elle devra servir de cadre aux accords de branche conclus en la matière.

## Bloc n° 3 : thèmes relevant prioritairement de l'accord d'entreprise

Dans les **autres matières**, les clauses des accords d'entreprise, conclus antérieurement ou postérieurement à la date d'entrée en vigueur de l'accord de branche, priment sur celles de l'accord de branche ayant le même objet (**C.trav. art. L.2253-3 réécrit**).

### À noter

**Autrement dit, sauf dans les quelques matières relevant prioritairement de l'accord de branche, l'accord d'entreprise prévaut sur l'accord de branche, même s'il est moins favorable, et qu'il soit antérieur ou postérieur à ce dernier.** Cette disposition a pour effet d'élargir de façon considérable le champ de la primauté de l'accord d'entreprise qui, jusqu'à présent, était limité à la durée du travail, aux repos et aux congés.

En l'absence d'accord d'entreprise, l'accord de branche s'applique (**C. trav. art. L.2253-3 réécrit**). **La branche aura donc tout intérêt à négocier dans les matières relevant prioritairement de l'accord d'entreprise pour éviter tout vide conventionnel.**

## Entrée en vigueur

L'**article 16 de l'ordonnance 2017-1385 du 22 septembre 2017** prévoit des dispositions particulières sur l'entrée en vigueur des nouvelles règles d'articulation entre accords de branche et accords d'entreprise, en particulier sur leur application aux accords collectifs en cours.

Ces dispositions s'inscrivent clairement en rupture par rapport à la logique antérieure : **plutôt que de maintenir la valeur hiérarchique de la totalité des clauses des accords de branche déjà**

**existantes, le Gouvernement a pris le parti de les priver d'effet par principe pour éviter que des règles antérieures ne survivent et ne paralysent l'application effective des nouvelles règles.**

On se souvient en particulier de l'article 45 de la loi 2004-391 du 4 mai 2004 qui avait maintenu la valeur hiérarchique des accords de branche conclus avant le 7 mai 2004, en leur reconnaissant une prévalence sur les accords d'entreprise, même en l'absence de clause de verrouillage (alors que le nouveau régime introduit par la loi de 2004 ouvrait la possibilité aux accords d'entreprise de déroger aux accords de branche en l'absence d'une telle clause). Il en résultait que les négociateurs d'entreprise ne pouvaient pas se prévaloir du nouveau régime introduit par la loi du 4 mai 2004 pour déroger à un accord de branche si celui-ci était antérieur au 7 mai 2004. Quant à ceux qui souhaitaient déroger à un accord de branche conclu à partir de cette date, ils se heurtaient bien souvent à la clause de verrouillage de cet accord.

L'avenir nous dira si ces dispositions respectent le cadre défini par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 7 août 2008 (*Cons. const. 7-8-2008 n° 2008-568 DC : RJS 10/08 n° 1140*) qui a précisé les conditions dans lesquelles il peut être porté atteinte aux accords en cours.

« (...) »

***En ce qui concerne les conventions et accords antérieurs :***

*17. Considérant qu'aux termes de la première phrase du IV de l'article 18 : « Les clauses des conventions et accords conclus sur le fondement des articles L. 3121-11 à L. 3121-13 et L. 3121-17 du Code du travail ou sur le fondement du deuxième alinéa de l'article L. 713-11 du code rural dans leur rédaction antérieure à la publication de la présente loi restent en vigueur au plus tard jusqu'au 31 décembre 2009 » ;*

*18. Considérant que le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi que, s'agissant de la participation des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail, du huitième alinéa du Préambule de 1946 ;*

*19. Considérant que la première phrase du IV de l'article 18 a pour effet de supprimer, au 1er janvier 2010, toutes les clauses des conventions antérieures relatives aux heures supplémentaires afin que de nouvelles négociations soient engagées au niveau des entreprises ou, à défaut, des branches ; que cette suppression touche plusieurs centaines de conventions ou accords collectifs applicables à plusieurs millions de salariés ; qu'elle porte sur des clauses relatives au contingent d'heures supplémentaires dont la teneur ne méconnaît pas la nouvelle législation ; qu'elle affecte, d'une part, des conventions ou accords collectifs de branche autorisant déjà la négociation de conventions d'entreprise en vertu du 9° de l'article 43 de la loi du 4 mai 2004 susvisée et, d'autre part, des conventions d'entreprise ou d'établissement conclues sur le fondement de cette dérogation ; que, dès la publication de la loi, les parties à la négociation collective au niveau de l'entreprise ou de la branche peuvent, après dénonciation des conventions antérieures, négocier et conclure des accords, sans attendre le 1er janvier 2010, dans les conditions et selon les modalités fixées par la loi nouvelle ; qu'enfin, la suppression des clauses relatives aux heures supplémentaires*

*au sein des conventions existantes en modifierait l'équilibre et conférerait à ces accords antérieurs d'autres effets que ceux que leurs signataires ont entendu leur attacher ;*

*20. Considérant, dès lors, qu'eu égard à l'atteinte ainsi portée aux conventions en cours, la première phrase du IV de l'article 18, qui supprime les clauses antérieures relatives aux heures supplémentaires, méconnaît les exigences constitutionnelles rappelées ci-dessus et doit, par suite, être déclarée contraire à la Constitution ; qu'au demeurant, le législateur ayant entendu, en adoptant l'article 18, modifier l'articulation entre les différentes conventions collectives pour développer la négociation d'entreprise en matière d'heures supplémentaires, il s'ensuit qu'en l'absence de la première phrase de ce IV, les dispositions de son I s'appliquent immédiatement et permettent la négociation d'accords d'entreprise nonobstant l'existence éventuelle de clauses contraires dans des accords de branche ;*

*21. Considérant qu'il n'y a lieu, pour le Conseil constitutionnel, de soulever d'office aucune autre question de conformité à la Constitution,*

### **D É C I D E :**

*Article premier.- Sont déclarées contraires à la Constitution les dispositions suivantes de l'article 18 de la loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail*

*(....)*

*- la première phrase du IV et, dans la deuxième phrase du IV, les mots : « À titre transitoire et pendant cette période ».*

## **Sort des anciennes clauses de verrouillage portant sur l'un des thèmes du bloc n° 2**

Les clauses de verrouillage déjà existantes qui portent sur l'un des 4 thèmes du bloc n° 2 continueront de produire effet si et seulement si un avenant confirme, avant le **1<sup>er</sup> janvier 2019**, la portée de ces clauses au regard de l'accord d'entreprise (**Ord. 2017-1385 du 22-9-2017 art. 16, I**). Dans le cas contraire, elles deviendront caduques à cette date et l'accord d'entreprise pourra déroger à l'accord de branche.

Les stipulations confirmant ces clauses s'appliquent aux **accords étendus (Ord. 2017-1385 du 22-9-2017 art. 16, I)**. Cette disposition peut être interprétée de deux manières : ou bien, elle signifie que la conclusion d'un avenant confirmatif n'est possible que pour les accords de branche étendus ou bien, elle doit être interprétée comme s'appliquant à tous les accords de branche, y compris aux accords de branche étendus.

### **Remarque**

Il convient de privilégier la première interprétation, auquel cas, il faut considérer que les accords de branche non étendus deviendront caduques à compter du **1<sup>er</sup> janvier 2019**.

### Exemple

La clause de verrouillage d'un accord de branche étendu portant sur le thème de l'insertion et du maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés deviendra caduque à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2019 en l'absence d'avenant à l'accord de branche confirmant sa primauté à l'égard des accords d'entreprise conclus avant le 1<sup>er</sup> janvier 2019. Jusqu'au 31 décembre 2018, les négociateurs d'entreprise ne peuvent donc pas conclure sur ce point un accord comportant des stipulations différentes sauf si celles-ci assurent des garanties au moins équivalentes.

## Sort des anciennes clauses de verrouillage portant sur l'un des thèmes du bloc n° 3

En revanche, si ces clauses de verrouillage portent sur l'un des thèmes relevant dorénavant prioritairement de l'accord d'entreprise (**bloc n° 3**), elles cesseront de produire leurs effets vis-à-vis des accords d'entreprise à compter du **1<sup>er</sup> janvier 2018**, et ce, quelle que soit la date de conclusion de l'accord de branche (**Ord. 2017-1385 du 22 septembre 2017 art. 16, IV**).

Cette disposition pourrait être interprétée comme permettant aux clauses d'un accord de branche portant sur l'un des thèmes du bloc n° 3 de continuer à s'appliquer après le 1<sup>er</sup> janvier 2018 en l'absence de conclusion d'un accord d'entreprise.

### Exemple

À compter du 1<sup>er</sup> janvier 2018, une entreprise pourra conclure et appliquer à ses salariés un accord d'entreprise prévoyant une indemnité de licenciement moins favorable que celle prévue par l'accord de branche, et ce, peu important qu'une clause de verrouillage lui interdise de comporter des dispositions moins favorables aux salariés sur ce point, sous réserve toutefois de respecter le minimum légal.

## Sort des accords de branche conclus avant le 7 mai 2004

Dans la même logique, l'**ordonnance 2017-1385 du 22 septembre 2017** met fin à la primauté des accords de branche conclus avant le 7 mai 2004, en abrogeant l'**article 45 de la loi 2004-391 du 4 mai 2004** (**Ord. 2017-1385 du 22 septembre 2017, art. 16, III**).

### **À noter**

L'abrogation de l'**article 45 de la loi du 4 mai 2004** par l'**ordonnance 2017-1385 du 22 septembre 2017** s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence et de la **loi Travail du 8 août 2016** qui, successivement, avaient écarté l'application de cette disposition dans les matières où le législateur avait accordé la primauté à l'accord d'entreprise (**Cons. const. 7-8-2008 n° 2008-568 DC ; Cass. soc. 1-3-2017 n° 16-10.047 FS-PBRI ; Loi 2016-1088 du 8-8-2016, art. 8, XIV**).

Elle impacte non seulement les rapports entre accords de branche et accords d'entreprise, mais aussi les rapports entre un accord de branche donné et un autre accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large.

L'ordonnance prévoit une exception pour les clauses de ces accords portant sur l'un des **4 thèmes du bloc n° 2** : ces clauses continueront à s'appliquer et à prévaloir sur les accords d'entreprise si et seulement si un **avenant** le confirme avant le 1<sup>er</sup> janvier 2019 (**Ord. 2017-1385 du 22 septembre 2017 art. 16, II**).

Les stipulations confirmant ces clauses s'appliquent aux **accords étendus** (**Ord. 2017-1385 du 22 septembre 2017 art. 16, II**).

Quant aux autres clauses, qui relèvent désormais du domaine réservé à l'accord d'entreprise, elles cesseront de produire effet vis-à-vis des accords d'entreprise à compter du **1<sup>er</sup> janvier 2018** (**Ord. 2017-1385 du 22 septembre 2017 art. 16, IV**).

## Sort des accords d'entreprise au 1<sup>er</sup> janvier 2018 et 2019

**Il résulte de ce qui précède qu'un accord d'entreprise conclu dans l'une des matières du bloc n° 3 pourra primer sur l'accord de branche à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2018, nonobstant l'existence de clauses de verrouillage de cet accord et quelle que soit la date de conclusion de ce dernier**

L'accord d'entreprise pourra également, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2019, ignorer les **clauses de verrouillage** des accords de branche **étendus** qui ont été conclus **jusqu'au 23 septembre 2017** sur l'une des matières du **bloc n° 2**, si aucun avenant n'a confirmé leur valeur hiérarchique avant le 1<sup>er</sup> janvier 2019. Il pourra également, à compter de cette même date, ignorer les clauses d'accords de branche non étendus conclus jusqu'au 23 septembre 2017.

Si, en revanche, un accord de branche (étendu ou non étendu) conclu **à partir du 24 septembre 2017** sur l'une des matières du bloc n° 2 comporte une clause de verrouillage, l'accord d'entreprise postérieur sera tenu par cette clause

## Nouveaux thèmes de négociation relevant du bloc n° 1

Enfin, s'agissant du **nouvel article L.2253-1** qui a ajouté au bloc n° 1 de nouveaux thèmes de négociation, on peut considérer qu'il entre en vigueur dès le **24 septembre 2017** (lendemain de la publication au JO), en l'absence de disposition spécifique sur ce point.

## Tableau avant/après

Le tableau ci-après résume les règles applicables à l'articulation entre accords de branche et accords d'entreprise avant et après l'**ordonnance 2017-1385 du 22 septembre 2017**.

	<b>Avant</b>	<b>Après</b>
<b>Bloc n° 1</b> (Primauté de l'accord de branche)	Thèmes limitativement énumérés à l'alinéa 1 <sup>er</sup> de l'ancien article L.2253-3 + prévus dans des dispositions éparses du Code du travail	Liste limitative fixée par l'article L.2253-3 du Code du travail : Thèmes en moins <ul style="list-style-type: none"><li>• pénibilité</li></ul>
		Thèmes en + <ul style="list-style-type: none"><li>• financement mutualisé du paritarisme (à l'origine du domaine de la loi ; ces dispositions légales ayant été maintenues, elles devront servir de cadre à l'accord de branche)</li><li>• mesures relatives à la durée du travail (1) : régime d'équivalences, nombre minimal d'heures entraînant la qualification de travailleur de nuit, durée minimale du travail à temps partiel, taux de majoration des heures complémentaires et augmentation temporaire de la durée du travail à temps partiel</li><li>• définition de la période de référence à retenir pour l'aménagement du temps de travail (à l'origine, thème du <b>bloc n° 3</b>)</li><li>• mesures relatives aux CDD/CTT : durée totale du contrat, nombre maximal de renouvellements, délai de carence en cas de succession de contrats (à l'origine, du domaine de la loi)</li><li>• Recours au travail temporaire au titre des mesures pour l'emploi et la formation professionnelle (1)</li></ul>
		<ul style="list-style-type: none"><li>• CDI de chantier</li><li>• les conditions et les durées de renouvellement de la période d'essai (1)</li><li>• modalités de transfert conventionnel des contrats de travail (consécration d'une pratique antérieure)</li></ul>



		<ul style="list-style-type: none"> <li>• la rémunération minimale et l'indemnité d'apport d'affaire du salarié porté (1)</li> </ul>
<b>Bloc n° 2</b> (Faculté pour la branche de verrouiller certains thèmes)	Tous les autres thèmes de négociation collective, sauf durée du travail, repos, congés	Uniquement : <ul style="list-style-type: none"> <li>• prévention des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels</li> <li>• insertion professionnelle et maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés</li> <li>• effectif à partir duquel les DS peuvent être désignés, nombre de DS et valorisation de leur parcours syndical</li> <li>• primes pour travaux dangereux ou insalubres</li> </ul>
<b>Bloc n° 3</b> (Primauté de l'accord d'entreprise)	Durée du travail, repos et congés, dont la période de référence à retenir pour l'aménagement du temps de travail	Tous les autres thèmes de négociation collective

(1) En réalité ces thèmes relevaient déjà de la négociation de branche.