

## ENTREPRISES NOUVELLEMENT CREEES : COMMENT ACCEDER AUX AMENAGEMENTS DU TEMPS DE TRAVAIL NECESSITANT UN ACCORD COLLECTIF ?

Depuis le 1<sup>er</sup> mai 2018, les nouvelles règles de négociation des accords collectifs sont entrées en vigueur, de façon généralisée : sauf dérogation expressément visée par le code du travail, la validité d'un accord d'entreprise ou d'établissement est subordonnée à sa signature par, d'une part, l'employeur ou son représentant et, d'autre part, une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité social et économique, quel que soit le nombre de votants.

Si cette condition n'est pas remplie et si l'accord a été signé par des organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 30 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives<sup>1</sup>, une ou plusieurs de ces organisations ayant recueilli plus de 30 % des suffrages disposent d'un délai d'un mois à compter de la signature de l'accord pour indiquer qu'elles souhaitent une consultation des salariés visant à valider l'accord. Au terme de ce délai, l'employeur peut demander l'organisation de cette consultation, en l'absence d'opposition de l'ensemble de ces organisations. L'accord est valide s'il est approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés (article L. 2232-12 et D.2232-6 du code du travail).

Ces modalités s'appliquent aux entreprises dotées de délégués syndicaux.

Or une entreprise nouvellement créée, même si son effectif est rapidement supérieur à 50 salariés, peut ne pas disposer d'un comité économique et social avant un délai de 12 mois suivant le dépassement de ce seuil (article L.2311-2 du code du travail) et par voie de conséquence ne pas avoir de délégués syndicaux.

Peut-elle dès lors recourir aux dispositifs « *dérogatoires* » de négociation afin d'accéder aux aménagements du temps de travail subordonnés à l'existence d'un accord collectif (I) et, à défaut, d'autres solutions sont-elles envisageables (II) ?

### I. DISPOSITIFS DE NEGOCIATION DEROGATOIRES OUVERTS AUX ENTREPRISES DEPOURVUES DE DELEGUES SYNDICAUX

L'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective distingue trois dispositifs dérogatoires pour les entreprises dépourvues de délégués syndicaux selon leur « effectif habituel ». Il s'agit des :

1°) Modalités de ratification des accords dans les entreprises dont l'effectif habituel est **inférieur à 11 salariés**

2°) Modalités de négociation dans les entreprises dont l'effectif habituel est compris **entre 11 et 50 salariés**

3°) Modalités de négociation dans les entreprises dont l'effectif habituel est **au moins égal à 50 salariés**.

Les entreprises qui, postérieurement à leur création, atteignent rapidement le seuil de 50 salariés, relèvent donc de ce 3°). Or, les modalités dérogatoires de négociation prévues dans ce cas semblent fermées en l'absence de comité économique et social **(A)**.

La négociation dérogatoire est en revanche ouverte au cours de la période précédant l'atteinte du seuil de 50 salariés **(B)**.



<sup>1</sup> Au premier tour des élections, quel que soit le nombre de votants

## A. La négociation dérogatoire dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux dont l'effectif habituel est d'au moins 50 salariés

Cette situation est régie par les articles L. 2232-24 et suivants du code du travail. Or, les conditions et modalités qu'ils prévoient impliquent soit la présence d'un CSE, soit l'existence d'un procès-verbal de carence :

| Article                 | Négociation avec...  | Condition de validité de l'accord  |
|-------------------------|--|--|
| L. 2232-24<br>D. 2232-2 | ...les membres titulaires de la délégation du personnel du CSE expressément mandatés à cet effet par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche dont relève l'entreprise ou au niveau national et interprofessionnel [...], | Approbation par référendum, à la majorité des suffrages exprimés, dans le respect des principes généraux du droit électoral. |
| L. 2232-25              | ...les membres titulaires de la délégation du personnel du CSE qui n'ont pas été expressément mandatés [...]   | Signature par des membres élus représentant la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections.                 |
| L. 2232-26<br>D. 2232-2 | ...un salarié mandaté, dans les cas suivants :<br>- aucun membre de la délégation du personnel au CSE n'a manifesté son souhait de négocier,<br>- un <b>procès-verbal de carence a établi l'absence de représentants du personnel.</b>                     | Approbation par référendum à la majorité des suffrages exprimés, dans le respect des principes généraux du droit électoral.  |

## B. La négociation dérogatoire dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux dont l'effectif habituel est inférieur à 50 salariés

Dans cette hypothèse, ce sont les dispositions suivantes qui s'appliquent :

| Article                                | Situation visée   | Modalités de conclusion d'un accord collectif/conditions de validité   |
|--|---|--|
| L. 2232-21<br>L. 2232-22<br>R. 2232-10 | Entreprises dont l'effectif habituel est inférieur à 11 salariés ou entreprises dépourvues de CSE dont l'effectif habituel est compris entre 11 et 20 salariés. | Proposition d'un projet d'accord aux salariés, qui doit être approuvé à la majorité des deux tiers du personnel (à l'issue d'une consultation organisée conformément aux dispositions du décret du 26.12.17 n° 2017-1767).   |
| L. 2232-23-1<br>D. 2232-2<br>D. 2232-8 | Entreprises dont l'effectif habituel est compris entre 11 et moins de 50 salariés   | <p>Conclusion :</p> <p>« 1° Soit par un ou plusieurs salariés expressément mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche ou, à défaut, par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel, <b>étant membre ou non de la délégation du personnel du comité social et économique</b>. A cet effet, une même organisation ne peut mandater qu'un seul salarié ;</p> <p>2° Soit par un ou des membres titulaires de la délégation du personnel du comité social et économique.</p> <p>Les accords ainsi négociés, conclus et révisés peuvent porter sur toutes les mesures qui peuvent être négociées par accord d'entreprise ou d'établissement sur le fondement du présent code.</p> <p>[...]</p> <p>II. – La validité des accords ou des avenants de révision conclus avec un ou des membres de la délégation du personnel du comité social et économique, mandaté ou non, est subordonnée à leur signature par des membres du comité social et économique représentant la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles.</p> <p><b>La validité des accords ou des avenants de révision conclus avec un ou plusieurs salariés mandatés, s'ils ne sont pas membres de la délégation du personnel du comité social et économique, est subordonnée à leur approbation par les salariés à la majorité des suffrages exprimés, dans des conditions déterminées par décret et dans le respect des principes généraux du droit électoral. »</b></p> |

Ainsi, à la différence de l'hypothèse visée au A., la rédaction de ces textes ne conditionne pas la possibilité de recourir à une consultation des salariés (entreprises de 11 à 20 salariés dépourvues de CSE) à l'existence d'un PV de carence, ni celle de négocier avec un ou plusieurs salariés mandatés (entreprises de 21 à 49 salariés) à l'existence d'un CSE ou d'un PV de carence.

En cas de négociation d'un accord avec un salarié mandaté, un référendum doit être organisé en vue de l'approbation de l'accord par les salariés. Quid de la condition d'ancienneté des salariés admis à voter (i) et de la « représentativité » (légitimité) des salariés appelés à approuver le texte (ii) ?

(i) **Le renvoi aux principes généraux du droit électoral opéré par l'article L. 2232-23-1 précité conduit à considérer que les salariés consultés doivent remplir une condition d'ancienneté de 3 mois** (telle que prévue à l'article L.2314-18, issu de l'Ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017).

Pour les élections professionnelles, la condition d'électorat s'apprécie à la date de premier tour du scrutin. Pour l'approbation d'un accord collectif, elle devrait à notre sens s'apprécier à la date à laquelle les salariés sont appelés à se prononcer sur la question qui leur est soumise. Rien ne semble en revanche interdire d'entamer la négociation pendant que la condition d'ancienneté de trois mois est en cours d'acquisition.

(ii) **Ni l'article L. 2232-23-1 précité, ni le décret pris pour son application (D.2232-2 et s. du code du travail) ne prévoient la possibilité de limiter le corps électoral aux seuls salariés directement concernés par le contenu de l'accord.**

Sur le plan strictement littéral, rien ne justifierait donc d'exclure certains salariés du référendum.

Il faut au demeurant relever que, lorsque le législateur a pour intention de réserver la participation à un référendum à certains salariés seulement, la formulation du texte l'indique. Ainsi en est-il de l'article L. 911-1 du code de la sécurité sociale qui précise qu'un projet d'accord relatif à la protection sociale complémentaire peut être ratifié « à la majorité des **intéressés** ».

En l'occurrence, l'article L. 2232-12 du code du travail précise que « **participent à la consultation les salariés des établissements couverts par l'accord et électeurs au sens des articles L. 2314-15 et L. 2314-17 à L. 2314-18-1.** ».\*

Le Tribunal d'Instance de Puteaux (TI Puteaux, 2 juin 2017) a précisé que si le législateur avait entendu limiter la consultation aux seuls salariés concernés par l'accord, la référence dans l'article L. 2232-12 aux « établissements » n'aurait aucun sens<sup>2</sup>.

Certes, il s'agit, pour l'heure d'une décision isolée et émanant d'une juridiction de première instance, mais les arguments développés sont pertinents.

En synthèse, il semble possible de considérer qu'un accord signé par un salarié mandaté, en application de **l'article L. 2232-23-1**, pourrait entrer en vigueur, dès lors qu'il serait approuvé par la majorité des salariés **inscrits à l'effectif et remplissant la condition d'ancienneté de trois mois** à la date de la consultation, peu important leur catégorie d'appartenance.

En tout état de cause, il faut préciser que les actions en contestation de la légalité des accords collectifs sont enfermées dans un délai de deux mois (cf. article L. 2262-14 nouveau du code du travail), ce qui devrait permettre d'opposer la prescription à toute instance engagée au-delà de ce délai.



<sup>2</sup> Le décret pris pour l'application de l'article L. 2232-12 du code du travail avait retenu une rédaction différente de celle figurant dans la loi : « *lorsque la consultation est organisée en application de l'article L. 2232-12, le protocole conclu avec les organisations syndicales détermine la liste des salariés couverts par l'accord au sens du 5<sup>ème</sup> alinéa de l'article L. 2232-12 et qui, à ce titre, doivent être consultés* » (article D. 2232-2 c.trav.). La disparition après le terme « salariés » des mots « des

**établissements** » pouvait laisser place à une interprétation en faveur d'une restriction de la consultation aux seuls salariés concernés par l'accord ; cependant, cet argument de texte ne peut plus être invoqué aujourd'hui, puisque le conseil constitutionnel (dans sa décision n° 406760 du 7 décembre 2017) a supprimé la phrase complète précitée. Seule subsiste donc la rédaction de l'article L. 2232-12, objet de l'interprétation du Tribunal d'Instance de Puteaux.

## II. DISPOSITIFS D'AMENAGEMENTS DU TEMPS DE TRAVAIL ACCESSIBLES SANS ACCORD COLLECTIF

En l'absence d'accord d'entreprise ou d'établissement, certains dispositifs d'aménagements du temps de travail sont accessibles sous réserve de l'autorisation des autorités compétentes.

Sans être exhaustif, le tableau de synthèse ci-après illustre les conditions d'accès des dispositifs usuels d'aménagements du temps de travail.

| <b>TRAVAIL DOMINICAL</b>  |  |  |  |
|---|--|--|--|
| Type de dérogation  | Fondement légal                              | Nécessité d'un accord collectif  | Autorisation   |
| <b>Dérogation permanente de droit</b>   |  |  |  |
| Activité dont la continuité est nécessaire, imposant le travail dominical en raison des contraintes de production, de l'activité ou des besoins du public   | L. 3132-12<br>R. 3132-5<br>R. 3132-7         | NON  | NON  |
| <b>Etablissements / travaux limitativement listés par décret.</b>   |  |  |  |
| Commerce de détail alimentaire  | L. 3132-13                                   | NON  | NON  |
| <b>Dérogation conventionnelle</b>   |  |  |  |
| Travail en continu pour raison économique   | L. 3132-14<br>R. 3132-9                      | OUI : convention ou accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, de branche étendu   | A défaut d'accord, le repos par roulement peut être autorisé par l'inspection du travail   |
| Industries – Equipes de suppléance  | L. 3132-16 et s.<br>L. 3132-18               |  |  |
| <b>Dérogation préfectorale</b>  |  |  |  |
| Repos simultané le dimanche de tous les salariés d'un établissement préjudiciable au public ou risque de compromettre le fonctionnement normal de l'établissement   | L. 3132-20<br>L. 3132-21                     | OUI : accord collectif<br>MAIS : à défaut, décision unilatérale de l'employeur prise après référendum  | OUI : autorisation préfectorale accordée au vu de l'accord collectif ou, à défaut, de la décision unilatérale prise après référendum   |
| <b>Dérogation sur un fondement géographique concernant les établissements de vente au détail mettant à disposition des biens et des services....</b>  |  |  |  |
| ... et qui sont situés dans les Zones Touristiques Internationales (ZTI)  | L. 3132-24<br>L. 3132-25-3<br>L. 3132-25-4   | OUI : les établissements doivent être couverts soit par un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par un accord collectif de branche ou conclu à un niveau territorial | Les textes ne prévoient pas expressément, le recours à une autorisation préfectorale à défaut d'accord d'entreprise, de branche ou territorial. Il ne nous semble pas exclu de pouvoir y recourir, sous réserve que la condition spécifique prévue par l'article L. 3132-20 du code du travail soit remplie (i.e. qu'il soit établi que le repos simultané le dimanche de tous les salariés serait préjudiciable au public ou compromettrait son fonctionnement normal). |
| ... et qui sont caractérisés par une affluence particulièrement importante de touristes (zones délimitées par le Préfet).   | L. 3132-25<br>L. 3132-25-3<br>L. 3132-25-4   |  |  |
| <i>Les communes d'intérêt touristiques ou thermales et les zones touristiques d'affluence exceptionnelle ou d'animation culturelle permanente créées avant le 7 août 2015 constituent de plein droit des zones touristiques ; les PUCE délimités avant cette même date constituent de plein droit des zones commerciales.</i> |  |  |  |
| ... et qui sont situés dans les zones commerciales caractérisées par une offre commerciale et une demande potentielle particulièrement importantes, le cas échéant en tenant compte de la proximité immédiate d'une zone frontalière (zones délimitées par le Préfet).  | L. 3132-25-1<br>L. 3132-25-3<br>L. 3132-25-4 |  |  |

| <b>AMENAGEMENTS DU TEMPS DE TRAVAIL</b>   |   |   |   |
|---|---|---|---|
| <b>Aménagement du temps de travail</b>  | <b>Fondement susceptible de permettre sa mise en place</b>  | <b>Un accord collectif est-il nécessaire ?</b>                        | <b>Issue possible en l'absence d'accord d'entreprise</b>  |
| <b>Travail en soirée (i.e. au-delà de 21 heures)</b>                              | Pour les établissements de vente au détail situés dans une zone touristique internationale (cf. supra), le début de la période de travail de nuit peut être reporté jusqu'à 24 heures.<br>(L.3122-29-1 c. trav.)  | OUI (art. L. 3122-29-1 II)  | Voir les dispositions de la convention collective de branche applicable<br><br>A défaut de dispositions dans la convention de branche, dispositif inaccessible.<br><br>Issue possible : définition d'une période nocturne dérogatoire sur autorisation de l'inspection du travail (cf. ci-dessous)            |
| <b>Définition d'une période nocturne différente de la période nocturne légale</b> | A défaut de stipulation conventionnelle définissant la période de travail de nuit, l'inspecteur du travail peut autoriser la définition d'une période différente de celle prévue à l'article L. 3122-20 (21 h-6h), dans le respect de l'article L. 3122-2 <sup>3</sup> , après consultation des DS et avis du CSE, lorsque les caractéristiques particulières de l'activité de l'entreprise le justifient (L.3122-22 c.trav.) | /   | En l'absence de dispositions conventionnelles le recours à cette demande d'autorisation constitue la seule voie possible.   |
| <b>Annualisation du temps de travail</b>  | Répartition du temps de travail sur une période supérieure à 4 semaines (L. 3121-44 c.trav.)  | OUI (accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, de branche) | Voir les dispositions de la convention collective de branche applicable.<br><br>A défaut de dispositions dans la convention de branche, dispositif inaccessible.<br><br>Issue possible : Seul un dispositif de répartition du temps de travail sur une période au plus égale à 4 semaines peut être envisagé. |
| <b>Forfait en jours sur l'année</b>   | L. 3121-55 c.trav.  | OUI (accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, de branche) | Voir les dispositions de la convention collective de branche applicable<br><br>A défaut de dispositions dans la convention de branche, dispositif inaccessible.   |
| <b>Horaires individualisés</b>  | L. 3121-48 c.trav.  | NON (mais l'avis conforme des représentants du personnel est requis)  | Dans les entreprises dépourvues de représentants du personnel, la pratique des horaires individualisés peut être autorisée par l'inspection du travail (après constatation de l'accord du personnel).   |

<sup>3</sup> Période d'au moins 9 h consécutives comprenant l'intervalle entre minuit et 5 h.

## VOTRE CONTACT



**Laurence COHEN**

Avocat associé

laurence.cohen@cwassocies.com

## VOTRE AGENDA

### Prochaines formations ERYs

#### Soyez prêts pour la mise en place du CSE

- LYON \ 18 juin et 17 septembre 2018
- MARSEILLE \ 14 juin et 27 septembre 2018
- PARIS \ 8 juin, 5 juillet et 21 septembre 2018



Inscriptions et informations :  
[www.erys.fr](http://www.erys.fr)  
Sandrine GAVORY \ 01 56 62 20 10  
[sandrine.gavory@erys.fr](mailto:sandrine.gavory@erys.fr)

#### La santé au travail : enjeux et changements récents

- LYON \ 15 juin 2018
- PARIS \ 25 juin 2018

#### Le salarié nomade

- LYON \ 8 juin 2018
- PARIS \ 5 juin 2018

#### Savoir appliquer le droit disciplinaire dans les HCR

- PARIS \ 12 septembre 2018

