



**EUROPEAN COMMITTEE OF SOCIAL RIGHTS
COMITE EUROPEEN DES DROITS SOCIAUX**

15 février 2020

Pièce n° 1

Confédération française démocratique du travail (CFDT) c. France
Réclamation n° 189/2020

RECLAMATION

Enregistrée au secrétariat le 15 janvier 2020

RECLAMATION

Paris, le 15 janvier 2020

Confédération française démocratique du travail (CFDT) contre France

Réclamation collective formée par la CFDT à l'encontre du Gouvernement de la France, pour violation de l'article 6 et, plus spécifiquement, l'article 6 §2 de la Charte sociale européenne révisée.

Cela fait suite aux dispositions issues de l'article 8 de l'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective (ratifiée par la loi n°2018-217 du 29 mars 2018) et de son décret d'application n°2017-1767 du 26 décembre 2017 relatif aux modalités d'approbation des accords dans les très petites entreprises.

Il faut savoir que l'ordonnance du 22 septembre 2017 s'inscrit dans un ensemble d'ordonnances (toutes ratifiées par la loi n°2018-217 du 29 mars 2018), prises en vue de réformer le droit du travail.

Elle vise notamment à clarifier, les rôles respectifs des accords de branche et des accords d'entreprise, avec pour objectif affiché par le Gouvernement de reconnaître et attribuer une place centrale à la négociation collective, notamment la négociation d'entreprise et même, dans certaines circonstances que l'accord d'entreprise s'impose au contrat de travail individuel.

En cela, cette ordonnance constitue le dernier élément d'une série de réformes d'ampleur, qui se sont succédées et ont bousculé les règles relatives au dialogue social dans l'entreprise et à la place de l'accord d'entreprise (ANI sur la sécurisation de l'emploi du 11 janvier 2013, loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi et loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels). Elles ont pour objet déclaré de tendre à un *renforcement* et une *légitimation du dialogue social*.

Au fur et à mesure de ces réformes, des sujets plus nombreux ont été renvoyés de manière prioritaire à la négociation d'entreprise, en partant de la situation vécue, dans le cadre d'un maintien des garanties et des protections pour les salariés et des dispositifs de régulation assurés par la branche et par la loi.

La CFDT a, dans ce cadre, lutté dans la perspective d'une démocratie sociale plus dynamique, d'un dialogue social plus proche des salariés et plus efficace, mené avec des partenaires sociaux représentatifs (réforme de la représentativité avec la loi n° 2008-789 du 20 août 2008), des acteurs formés et informés. Et, elle a obtenu des avancées significatives.

Mais les évolutions impulsées par les ordonnances du 22 septembre 2017 marquent au contraire un recul dans cette vision du dialogue social en ouvrant la voie à un contournement des partenaires sociaux, et en renforçant la place du pouvoir unilatéral de l'employeur.

Est en fait ici mise en place, en lieu et place d'un dialogue social renforcé et fécond, une forme de monologue social sans garantie dans les entreprises de moins de 11 salariés et dans celles de 11 à 20 salariés, qui sont pourtant les plus fragiles sur ce plan. Monologue que la CFDT ne peut que dénoncer et combattre.

C'est pourquoi dès les concertations sur les ordonnances à l'été 2017, la CFDT a marqué sa ferme opposition au « référendum patronal » qui conduit à porter atteinte au droit de négociation collective et à la reconnaissance de la spécificité des organisations syndicales dans la conclusion d'accords d'entreprise.

La CFDT a ensuite, dans le cadre d'une première requête, déféré l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017, à la censure du Conseil d'Etat (requête n° 415641), avant que ce texte ne soit finalement ratifié par l'article 1^{er} de la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018. Elle a ensuite engagé un contentieux devant le Conseil d'État pour contester le décret mettant en œuvre le « référendum patronal », en faisant notamment valoir, d'une part, la violation par le dispositif des textes internationaux de l'OIT et, d'autre part, sa non-conformité avec les textes européens (de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe). La décision du Conseil d'Etat a été rendu le 1^{er} avril 2019 (arrêt n°4117652).

Pour la CFDT, il est aujourd'hui cohérent de contester cette mesure au niveau européen, via une réclamation collective portée devant le Comité européen des droits sociaux, pour violation de l'article 6 et, plus spécifiquement, de l'article 6§2 de la Charte sociale européenne révisée, relatif au droit de la négociation collective.

L'article 6 de la Charte sociale européenne révisée et ratifiée par la France dispose qu' :

« en vue d'assurer l'exercice effectif du droit de négociation collective, les Parties contractantes s'engagent :

1. à favoriser la consultation paritaire entre travailleurs et employeurs ;

2. à promouvoir, lorsque cela est nécessaire et utile, l'institution de procédures de négociation volontaire entre les employeurs ou les organisations d'employeurs, d'une part, et les organisations de travailleurs, d'autre part, en vue de régler les conditions d'emploi par des conventions collectives ;

3. à favoriser l'institution et l'utilisation de procédures appropriées de conciliation et d'arbitrage volontaire pour le règlement des conflits du travail ;

et reconnaissent :

4. le droit des travailleurs et des employeurs à des actions collectives en cas de conflits d'intérêt, y compris le droit de grève, sous réserve des obligations qui pourraient résulter des conventions collectives en vigueur. »

Plan

1- La présentation générale de la réclamation

1.1- L'habilitation du syndicat demandeur à former une réclamation

1.2- L'exposé de la réclamation

2- La nouvelle législation sur les modalités de mise en place des « accords collectifs » dans les petites entreprises

2.1- Le droit interne applicable avant l'ordonnance du 22 septembre 2017

2.1.1- La Constitution de 1946

2.1.2- Le cadre législatif

2.2- Le droit interne applicable après l'ordonnance du 22 septembre 2017

2.2.1- Dans les entreprises de moins de 11 salariés

2.2.2- Dans les entreprises de 11 à 20 salariés

3- La violation de la Charte sociale européenne révisée et des textes européens et internationaux garantissant le droit de la négociation collective

3.1- Le droit international et le droit européen

3.1.1- Conventions et recommandations de l'OIT

3.1.2- L'article 11 de la Convention EDH

3.1.3- Le droit de l'Union européenne

3.2- La violation de l'article 6§2 de la Charte

4- En pratique, une réduction des droits existants pour les salariés

5- Conclusions

1- La présentation générale de la réclamation

1.1- Habilitation du syndicat demandeur à former une réclamation

La Confédération française démocratique du travail (« la CFDT »), en tant qu'organisation syndicale nationale et interprofessionnelle représentative et affiliée à la Confédération européenne des syndicats, est habilitée à présenter une réclamation collective au titre de l'article 1.c du protocole additionnel à la Charte du 9 novembre 1995, ratifié par la France.

En France, depuis la réforme de la représentativité syndicale issue de la loi du 20 août 2008, l'audience des organisations syndicales est mesurée, tous les quatre ans, au niveau national et interprofessionnel (ainsi qu'au niveau des branches professionnelles).

Sur le cycle 2013-2016, la CFDT arrive en tête en obtenant 26,39% des suffrages exprimés aux élections professionnelles, avec un poids relatif de 30,33% (arrêté du 22 juin 2017 fixant la liste des organisations syndicales reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel publié au *Journal Officiel* du 30 juin 2017).

La CFDT est aujourd'hui la première organisation syndicale en France, secteur privé et secteur public confondus.

Par décision de la commission exécutive datant du 3 juin 2019 et en application de l'article 25 des statuts de la CFDT, cette réclamation est présentée par son secrétaire général, Monsieur Laurent Berger.

1.2- Exposé de la réclamation

Dans son rapport remis au Président de la République, le Gouvernement français affiche expressément que l'ordonnance du 22 septembre 2017 a pour objectif de fournir « (...) *des solutions pragmatiques pour les très petites et moyennes entreprises visant à renforcer la négociation collective (...). Avec cette réforme, toutes les entreprises de notre pays, quel que soit le nombre de leurs salariés, auront donc un accès direct et simple à la négociation, qui est au cœur de ce projet* ».

Il est précisé par le Gouvernement que « *la réforme traite plus spécifiquement encore la réalité des très petites entreprises, qui n'ont ni délégué syndical, ni élu pour négocier. Un employeur d'une très petite entreprise aura désormais la possibilité de négocier directement avec ses salariés sur tous les sujets. Les très petites entreprises bénéficieront ainsi des mêmes souplesses, des mêmes capacités d'adaptation du droit, que les grandes entreprises : rémunération, temps de travail, organisation du travail, tout cela pourra être directement négocié par le chef d'entreprise avec ses salariés. Ceux-ci auront la garantie de pouvoir prendre connaissance du projet d'accord qui leur est soumis et pourront s'adresser aux organisations syndicales départementales s'ils le souhaitent pour se forger leur opinion avant la consultation* ». Il faut noter que si le texte de loi (art. L. 2232-21 du Code du travail.) prévoit bien un délai minimum de 15 jours entre la communication du projet d'accord aux salariés et son approbation par ceux-ci, il ne mentionne en revanche nullement la possibilité pour les salariés de s'adresser aux organisations syndicales.

En outre, le Gouvernement précise que « *L'accord sera validé si les deux tiers des salariés l'approuvent. Cette possibilité ne sera pas limitée aux entreprises de moins de 11 salariés, mais sera ouverte à toutes les entreprises de moins de 20 salariés qui n'ont pas d'élu du personnel.* ».

Aussi, dans les très petites entreprises sans présence syndicale, celles qui sont les plus fragiles, la mise en place d'un « accord collectif » a désormais pour résultat affiché de renforcer le pouvoir unilatéral de l'employeur et de contourner la négociation avec les organisations syndicales de travailleurs. **Ce qui est contraire aux préconisations issues de l'article 6§2 de la Charte relatif au droit de négociation collective.**

La CFDT demande donc au Comité européen des droits sociaux de dire que la mise en place des « accords collectifs » dans les petites entreprises, telles qu'issues de l'article 8 de l'ordonnance du 22 septembre 2017 et du décret d'application du 26 décembre 2017, est contraire à l'article 6§2 de la Charte sociale européenne révisée, relatif au droit de négociation collective.

Pour la CFDT, l'intervention de représentants des travailleurs a pour origine et pour fonction de garantir l'indépendance des négociateurs par rapport à l'employeur, afin d'assurer l'équilibre dans la négociation – équilibre qui n'existe pas dans le contrat individuel - mais aussi la prise en compte de l'intérêt de la collectivité des salariés, et non de leurs seuls intérêts individuels.

La négociation par l'intermédiaire de représentants prioritairement syndicaux est donc un élément structurel de la procédure de négociation collective, sans lequel il ne peut pas y avoir de négociation collective, au sens du principe de participation.

C'est bien l'intermédiation assurée au premier chef par des représentants syndicaux, formés et accompagnés par les organisations syndicales représentatives, qui garantit la correction du déséquilibre créé par l'existence d'un lien de subordination entre employeur et salarié. En effet, les représentants syndicaux sont protégés contre le licenciement, ce qui leur permet d'exercer leur mandat de manière plus libre¹. Dans le cadre de l'exercice du mandat, il est interdit à l'employeur d'exercer son pouvoir disciplinaire, sauf en cas d'abus du représentant syndical². Pour le dire autrement, **sans représentation, il ne peut pas y avoir de négociation.** L'exercice de négociation nécessitant, par nature, la formulation de propositions et de contrepropositions.

¹ Art. L.2421-1 C.trav.

² Cass.soc.10.06.10, n°09666.792.

2- La nouvelle législation sur les modalités de mise en place des « accords collectifs » dans les petites entreprises

2.1- Le droit interne applicable avant l'ordonnance du 22 septembre 2017

2.1.1- Le Préambule de la Constitution de 1946

Tout d'abord, au sein même de la Constitution, sont garantis le principe de participation, prévu à l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946, et le principe de la liberté syndicale, prévu par le 6^e alinéa de ce Préambule.

En application du premier des principes constitutionnels cité, « *tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises.* »

Quant au second, il précise que « *tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale* ».

Ces principes sont ici méconnus en ce que les nouvelles dispositions qui sont en litige mettent clairement à l'écart les représentants des travailleurs, alors même que le texte du Préambule de la Constitution de 1946 prévoit que la détermination collective des conditions de travail doit être faite « *par l'intermédiaire de délégués* », représentants des travailleurs.

2.1.2- Le cadre législatif

Avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 22 septembre 2017, le Code du travail ne prévoyait pas, en matière de négociation collective au sein de l'entreprise, de dispositions spécifiques pour les très petites entreprises sans délégué syndical : celles de moins de 11 salariés et celles de 11 à 20 salariés sans élu. Seule une distinction était faite entre les entreprises de moins de 50 salariés dépourvues de délégué syndical, et celles de 50 salariés et plus.

L'article L.2232-24 du Code du travail prévoyait que dans les entreprises de moins de 50 salariés sans délégué syndical :

« (...) lorsque, à l'issue de la procédure définie à l'article L. 2232-23-1, aucun élu n'a manifesté son souhait de négocier, les accords d'entreprise ou d'établissement peuvent être négociés, conclus et révisés 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. A cet effet, une même organisation syndicale ne peut mandater qu'un seul salarié.

Les organisations syndicales représentatives dans la branche de laquelle relève l'entreprise ou, à défaut, les organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel sont informées par l'employeur de sa décision d'engager des négociations.

Le présent article s'applique de droit dans les entreprises dépourvues de délégué syndical dans lesquelles un procès-verbal de carence a établi l'absence de représentants élus du personnel ainsi que dans les entreprises de moins de onze salariés ».

Aussi, dans le champ des entreprises, désormais couvertes par le nouveau « référendum patronal », lorsque l'employeur souhaitait mettre en place un accord collectif, il avait

l'obligation d'informer les organisations représentatives au niveau de la branche ou à défaut au niveau national interprofessionnel afin qu'elles mandatent un salarié pour négocier.

Dans ce processus de négociation, les organisations syndicales représentatives n'étaient pas contournées et les dispositions légales favorisaient l'implantation syndicale dans les petites entreprises.

2.2- Le droit interne applicable après l'ordonnance du 22 septembre 2017

Depuis l'ordonnance du 22 septembre 2017, le cadre législatif est construit de telle sorte que la mise en place d'un « accord collectif » est désormais possible en dehors de toute négociation avec les organisations syndicales représentatives.

Dans le détail, depuis les nouveaux articles L. 2232-21, L. 2232-22, L. 2232-22-1 et L. 2232-23 du Code du travail, dans les entreprises sans délégué syndical de moins de 11 salariés, ainsi que dans celles de 11 à 20 salariés en cas d'absence d'élu de la délégation du personnel du comité social et économique (« CSE »), il est possible pour l'employeur de soumettre aux salariés et par référendum, un « accord » (ou un avenant de révision) élaboré de manière purement unilatérale.

La consultation du personnel est organisée à l'issue d'un délai minimum de quinze jours à compter de la communication à chaque salarié du projet d'accord.

Pour être valide et revêtir la même valeur qu'un accord d'entreprise, le projet d'accord doit être ratifié à la majorité des 2/3 du personnel.

Cet « accord », qui n'a pas été préalablement négocié, a ainsi vocation à être considéré comme n'importe quel accord collectif d'entreprise avec les conséquences s'y rattachant³. Les organisations syndicales représentatives sont ici hors-jeu.

Par ailleurs, ces « accords collectifs » non négociés avec des organisations syndicales sont dangereux car ils peuvent porter sur l'ensemble des thèmes soumis à la dérogation dans le Code du Travail (à l'exception des domaines dans lesquels les accords de branche priment). L'employeur peut ainsi proposer des « accords » portant par exemple sur le temps de travail, les primes ou encore les indemnités de rupture de contrat.

Enfin, l'ordonnance du 22 décembre 2017 consacre la primauté de l'accord collectif sur le contrat de travail en élargissant le champ des accords conclus en faveur de l'emploi qui s'imposent au contrat de travail du salarié. Le salarié qui refuse la modification de son contrat peut alors être licencié. Il est fort à craindre que ces accords, appelés accords de performance collective (APC), soient dangereux pour les salariés lorsqu'ils sont mis en place unilatéralement par l'employeur.

Une étude de la Dares (étude et statistiques du Ministère du travail) soumise aux organisations syndicales dans le cadre du suivi des ordonnances du 22 septembre 2017 confirme nos inquiétudes. Nous pouvons y constater que des entreprises ont conclu des accords de performance collective via le référendum patronal, sans négociation.

Voici quelques exemples d'éléments que l'on peut retrouver dans ces accords :

- annualisation du temps de travail ;

³ Le pouvoir donné à l'employeur dans la mise en place des « accords collectifs » se retrouve également dans les modalités de dénonciation de l'accord (ou de l'avenant de révision). Lorsque l'accord est dénoncé à l'initiative des salariés, cela ne peut se faire que sous réserve que les deux tiers du personnel notifient collectivement et par écrit la dénonciation à l'employeur. En outre, la dénonciation n'est possible par les salariés que pendant un délai d'un mois avant chaque date anniversaire de la conclusion de l'accord (Art. L. 2232-22 C.trav.).

- majoration des heures supplémentaires remplacées par un repos compensateur pris à la convenance et sur décision de l'employeur ;
- mobilité étendue sur un rayon de 15 km autour de la ville d'implantation et sur la France entière pour certaines missions sans qu'il soit fait mention d'une quelconque compensation ;
- une durée hebdomadaire (de 37h30) qui ne doit pas dépasser 55 heures et l'amplitude journalière 13 heures ;
- pour les salariés en forfait heures, les heures au-delà de 37h30 doivent être effectuées sur demande de la hiérarchie. Sans demande patronale ou si elles sont refusées alors que demandées par la hiérarchie, le salarié s'expose à des sanctions disciplinaires ;
- « *L'employeur peut librement changer les conditions de travail de ses salariés (sous réserve de ne pas commettre d'abus de droit)* » ;
- les périodes d'essai, les « *Mesures pour la réduction de l'absentéisme* », les primes d'assiduité destinées à récompenser les « *salariés fidèles et loyaux* » figurent également dans cet « accord » alors que les thèmes pouvant figurer dans un APC sont strictement restreints ;
- l'instauration d'un forfait jours pour tous les salariés, afin de faire face à l'inflation des bons de commande dans une entreprise en très bonne santé.

Ces nouvelles dispositions, qui excluent les organisations syndicales, ne favorisent clairement pas le droit de négociation collective, garanti à l'article 6§2 de la Charte révisée.

Certes ces dispositions n'interdisent pas la présence syndicale, mais elles sont de nature à permettre le contournement des organisations syndicales dans les entreprises jusqu'à 20 salariés.

2.2.1- Dans les entreprises de moins de 11 salariés

L'article L. 2232-21 du Code du travail énonce que « *dans les entreprises dépourvues de délégué syndical et dont l'effectif habituel est inférieur à onze salariés, l'employeur peut proposer un projet d'accord aux salariés (...)* ».

Pour rappel, la négociation collective est la principale mission du délégué syndical qui est un représentant syndical désigné par un syndicat représentatif dans l'entreprise. C'est par son intermédiaire que le syndicat fait connaître à l'employeur ses réclamations, revendications ou propositions et négocie les accords collectifs.

Selon l'article L. 2143-3 du Code du travail, la possibilité de désigner un délégué syndical est réservée aux seules organisations syndicales représentatives dans l'entreprise d'au moins 50 salariés, qui ont constitué une section syndicale.

Cet article précise également que pour être délégué syndical, il faut avoir été candidat aux élections professionnelles et avoir obtenu à titre personnel dans son collège au moins 10% des suffrages exprimés au 1^{er} tour. Toutefois, dans certaines hypothèses, un délégué syndical peut être désigné par le syndicat parmi des candidats qui n'ont pas obtenu 10 % ou, à défaut, parmi ses adhérents au sein de l'entreprise ou de l'établissement.

Une particularité existe néanmoins dans les entreprises de moins de 50 salariés, puisque les syndicats représentatifs dans l'entreprise peuvent désigner un membre de la délégation du personnel au comité social et économique comme délégué syndical (art. L. 2143-6 du Code du travail).

Or, dans les entreprises de moins de 11 salariés, l'employeur n'a pas l'obligation d'organiser des élections professionnelles. En conséquence, **s'implanter syndicalement dans une entreprise de moins de 11 salariés par le biais de cette disposition est tout simplement hypothétique, voire irréalisable.**

En outre, il faut noter que le Code du travail prévoit également la possibilité de désigner un délégué syndical conventionnel. En effet, une convention ou un accord collectif peut prévoir des clauses plus favorables comme notamment celles qui sont relatives à l'institution de délégués syndicaux ou de délégués syndicaux centraux dans tous les cas où les dispositions légales n'ont pas rendu obligatoire cette institution (L.2141-10 du Code du travail). Mais encore une fois, cette possibilité demeure très théorique.

Enfin, pour rappel, avant l'ordonnance du 22 septembre 2017, il était possible pour les organisations syndicales représentatives de mandater un salarié pour négocier les accords d'entreprise. Cette possibilité s'appliquait expressément dans les entreprises de moins de 11 salariés (ancien article L. 2232-24). **Avec les nouvelles dispositions, le mandatement dans ces mêmes entreprises (de moins de 11 salariés) n'est plus prévu par le Code du travail, ce qui ferme un autre mode d'accès aux petites entreprises pour les organisations syndicales.**

2.2.2- Dans les entreprises de 11 à 20 salariés

En l'absence de délégué syndical et d'élu de la délégation du personnel au CSE, l'article L. 2232-23 du Code du travail prévoit que l'employeur peut aussi proposer la ratification d'un projet d'accord aux salariés.

En théorie, il reste possible, dans les entreprises de 11 à 20 salariés, d'avoir un délégué syndical (membre de la délégation au CSE) pour négocier un accord. Mais en pratique, l'application des nouvelles règles conduit une fois encore à priver les organisations syndicales de la faculté de s'implanter dans les entreprises de cette taille. Ce constat s'observe au regard des règles relatives à l'organisation des élections professionnelles, au mandatement et aux modalités du décompte des effectifs.

- Tout d'abord, s'agissant des nouvelles règles relatives à l'organisation des élections professionnelles : quand bien même pèse-t-il sur l'employeur d'une entreprise d'au moins 11 salariés, une obligation d'organiser des élections professionnelles et d'informer le personnel de l'organisation des élections par tout moyen (article L. 2314-5 du Code du travail), **les organisations syndicales ne sont désormais plus automatiquement informées de l'organisation de ces élections, ce qui limite nettement une occasion de s'implanter dans l'entreprise.**

Avant les ordonnances, dès lors que l'employeur lançait le processus électoral, il était obligé d'inviter les organisations syndicales représentatives à négocier le protocole d'accord préélectoral (PAP). La taille de l'entreprise ne constituait pas, à ce titre, un critère d'exonération de cette obligation. Celle-ci constituait donc, pour les organisations syndicales, une voie d'entrée dans les petites entreprises.

Depuis l'ordonnance, dans les entreprises dont l'effectif est compris entre 11 et 20 salariés, **dès lors qu'aucun salarié ne s'est porté candidat aux élections professionnelles dans un délai de 30 jours** à compter de la date à laquelle l'employeur informe le personnel de l'organisation des élections, **l'employeur est dispensé de convoquer les organisations syndicales pour négocier le protocole d'accord préélectoral** (art. L. 2314-5, al. 5 du Code du travail).

Or, jusqu'ici, le principal moyen pour les organisations syndicales de s'implanter dans les petites entreprises, était l'information et l'invitation à négocier le PAP. Ce qui n'est désormais plus une obligation.

Il est constaté que dans une grande majorité des entreprises, aucun salarié ne se manifeste.

- Ensuite, sur les modalités du mandatement : Auparavant, en l'absence de délégué syndical dans les entreprises de 11 à 20 salariés, la priorité était donnée au mandatement par une organisation syndicale. Désormais, cette priorité au mandatement a disparu.

L'article L.2232-23-1 du Code du travail prévoit en ce sens qu'en l'absence de délégué syndical dans les entreprises de 11 à moins de 50 salariés, les accords d'entreprise peuvent être négociés, conclus, révisés ou dénoncés :

- soit par un ou plusieurs salariés expressément mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives,
- soit par un ou des membres titulaires de la délégation du personnel du comité social et économique (mandaté ou non).

En l'absence de délégué syndical, nous pouvons donc légitimement penser que la négociation puisse s'ouvrir au choix de l'employeur soit avec des élus (mandatés ou non), soit avec des salariés mandatés.

Dans les entreprises de 11 à 20 salariés sans délégué syndical et sans élu, au regard de l'article L. 2232-23-1 du Code du travail, il reste possible pour une organisation syndicale de mandater un salarié. Elle ne sera en revanche pas informée par l'employeur de sa volonté de négocier un accord collectif dans l'entreprise, ce qui complique nettement le mandatement d'un salarié. Une fois encore, il est laissé à l'employeur la possibilité de négocier, soit avec un salarié mandaté, soit par la voie du référendum en proposant la ratification d'un projet d'accord aux salariés sans la moindre négociation préalable. **Mettre en concurrence ces deux modalités d'élaboration d'un accord collectif n'encourage évidemment pas les employeurs à choisir la voie de la négociation alors que, corrélativement, la loi leur offre la possibilité d'élaborer seuls cet « accord collectif ».**

Ces nouvelles dispositions ne favorisent donc pas la négociation collective au sens de l'article 6§2 de la Charte révisée. Elles traduisent au contraire une volonté politique :

- **de vider toute représentation syndicale dans les entreprises jusqu'à 20 salariés ;**
- **et de remplacer la négociation collective par un processus de consultation directe des salariés.**

- Enfin, concernant le décompte des effectifs : il est à noter que **les nouvelles règles de décompte des effectifs instituées par l'ordonnance du 22 septembre 2017 contribuent à rendre le franchissement des seuils plus difficile.**

Certes, l'organisation des élections professionnelles pour élire les élus au CSE est toujours obligatoire dans les entreprises d'au moins 11 salariés.

Mais auparavant, la loi considérait cet effectif d'au moins 11 salariés franchi lorsqu'il était **atteint pendant 12 mois, consécutifs ou non, au cours des 3 dernières années.** Désormais, les nouvelles règles énoncent que l'effectif d'au moins 11 salariés doit être atteint pendant **12 mois consécutifs** (art. L. 2311-2 du Code du travail).

Les conséquences de cette nouvelle règle sont redoutables puisqu'elles visent à rendre plus difficilement atteignable le seuil des 11 salariés et sont susceptibles d'inciter certains employeurs à pervertir la règle pour ne jamais atteindre sur 12 mois consécutifs un effectif de 11 salariés.

En définitive :

- ➔ De telles mesures ne permettent pas aux organisations syndicales de s'implanter dans les petites entreprises mais visent au contraire à rendre difficile, voire à empêcher l'implantation syndicale et toute représentation dans ces entreprises.
- ➔ De surcroît, ces nouvelles règles conduisent à « assécher » la représentation dans les petites entreprises.

3- La violation de la Charte sociale européenne révisée et des textes européens et internationaux

En contournant les organisations syndicales représentatives dans le cadre de la négociation collective au sein des petites entreprises, l'ordonnance du 22 septembre 2017 viole la Charte sociale européenne révisée. Au-delà de la Charte, elle viole également les textes internationaux et européens garantissant eux aussi le droit de la négociation collective à travers les organisations syndicales représentatives ainsi que l'effectivité de ce droit.

3.1- Le droit international et le droit européen des droits sociaux

3.1.1- Recommandations et conventions de l'OIT

Tout d'abord, il faut rappeler que l'Organisation Internationale du Travail (OIT) a inscrit la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective, parmi les 4 droits qui ont fait l'objet de la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail adoptée le 18 juin 1998, qui s'impose à tout membre de l'OIT, même en l'absence de ratification des conventions correspondantes. Le droit d'organisation collective et de négociation collective, prévus par **la convention n°98 de l'OIT**, qui prolonge la liberté syndicale prévue par la **convention n°87** de l'organisation sont-ils ainsi indissolublement liés.

Or, aux termes de **la recommandation n° 91 de l'OIT**, paragraphe 2, on entend par négociation collective :

« tout accord écrit relatif aux conditions de travail et d'emploi conclu entre, d'une part, un employeur, un groupe d'employeurs ou une ou plusieurs organisations d'employeurs, et, d'autre part, une ou plusieurs organisations représentatives de travailleurs, ou, en l'absence de telles organisations, les représentants des travailleurs intéressés, dûment élus et mandatés par ces derniers en conformité avec la législation nationale. »

La convention n°98 de l'OIT, ratifiée par la France, et d'application directe, prévoit quant à elle en son article 4 que :

« Des mesures appropriées aux conditions nationales doivent, si nécessaire, être prises pour encourager et promouvoir le développement et l'utilisation les plus larges de procédures de négociation volontaire de conventions collectives entre les employeurs et les organisations d'employeurs d'une part, et les organisations de travailleurs d'autre part, en vue de régler par ce moyen les conditions d'emploi. ».

La convention n° 135 de l'OIT, elle aussi ratifiée, est relative aux représentants des travailleurs dans les entreprises. Elle définit ces représentants comme étant soit des représentants syndicaux (nommés par les syndicats ou les membres des syndicats), soit des représentants (librement) élus. Elle précise en son article 5 que lorsqu'il existe des représentants élus et des représentants syndicaux, la présence des premiers ne peut avoir pour objet d'affaiblir la situation des syndicats intéressés.

Comme le relèvent MM. Gernigon, Odero et Guido (Les principes de l'OIT sur la négociation collective, Revue Internationale du Travail, vol 139 (2000) n° 1, pp. 38 et s.) :

« Comme on l'a vu, les instruments de l'OIT n'autorisent la négociation collective avec des représentants des travailleurs intéressés que s'il n'existe pas d'organisations syndicales au niveau concerné (entreprise ou niveau supérieur).

Ce principe est exprimé dans le paragraphe 2 déjà cité de la recommandation n° 91 et se trouve confirmé dans la convention n° 135 qui dispose dans son article 5 que [...] des mesures appropriées devront être prises, [...] pour garantir que « la présence de représentants élus ne puisse servir à affaiblir la situation des syndicats intéressés ou de leurs représentants (BIT, 1985, p. 10). De même, la convention n° 154, dispose, dans son article 3, paragr. 2, que « des mesures appropriées devront être prises, chaque fois qu'il y a lieu, pour garantir que la présence de ces représentants [des travailleurs] ne puisse servir à affaiblir la situation des organisations de travailleurs intéressées (ibid., p. 268).

La possibilité que des représentants des travailleurs puissent conclure des conventions collectives en l'absence d'une ou de plusieurs organisations représentatives des travailleurs a été prévue dans la recommandation n° 91 « en prenant en considération le cas des pays où les organisations syndicales n'ont pas encore atteint un degré de développement suffisant et afin que les principes posés par la recommandation puissent être appliqués dans ces pays » (BIT, 1951, p. 633).

Le Comité de la liberté syndicale estime que les « accords directs » conclus entre un employeur et un groupe de travailleurs non syndiqués, alors qu'il existe un syndicat dans l'entreprise, n'encouragent pas la négociation collective au sens de l'article 4 de la convention n° 98 (BIT, 1996a, paragr. 790). Entrant dans le détail, dans un autre cas, le comité a relevé que cette disposition exclut la possibilité pour un employeur de conclure des conventions collectives avec des délégués du personnel qui ne représentent que 10 pour cent des travailleurs (ibid., paragr. 788). La commission d'experts n'a pas traité ces questions dans sa dernière étude d'ensemble sur les conventions n° 87 et n° 98 (BIT, 1994a), mais elle l'a fait dans ses observations sur l'application dans certains pays des conventions sur la liberté syndicale et la négociation collective, adoptant à l'égard des conventions collectives conclues avec des groupes de travailleurs non syndiqués un avis semblable à celui du Comité de la liberté syndicale (voir, par exemple, les observations relatives au Costa Rica dans BIT, 1993a, p. 1998 et BIT, 1994b, p. 224) ».

S'avèrent ainsi contraires à ces conventions des dispositions comme celles qui sont ici critiquées, qui encouragent la mise à l'écart de la négociation avec des représentants des travailleurs en priorité syndicaux, et la ratification de décisions unilatérales par référendum, sans négociation préalable avec les représentants des travailleurs, *a fortiori* en favorisant la décision unilatérale et le monologue social au détriment de la négociation collective et du dialogue social.

Il s'agit en effet d'écarter les représentants des travailleurs de la négociation, alors même qu'on ne peut pas considérer que le mouvement syndical en France qui est plus que centenaire n'ait pas accédé à un niveau de développement suffisant pour être appelé à la négociation.

3.1-2- L'article 11 de la Convention EDH

La Cour européenne des droits de l'homme est elle aussi soucieuse d'**assurer aux droits consacrés par la Convention leur pleine effectivité**. Elle affirme ainsi que « la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs » (CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, § 24). Cette affaire portait plus précisément sur le droit à un recours effectif devant une juridiction nationale.

Les États ont donc l'obligation de garantir la jouissance effective des droits reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme, et donc l'exercice de la liberté syndicale, lequel comprend le droit de négociation collective.

L'article 11 de la Convention EDH affirme que « Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts ».

Cet article sur la liberté syndicale revêt une importance particulière, car selon l'interprétation extensive (ou évolutive) donnée par la Cour européenne des droits de l'homme, il recouvre également le **droit de mener des négociations collectives** (arrêt Demir et Baykara, 12 novembre 2008, requête n°34503/97, §154).

Pour rappel, était en cause dans l'affaire Demir & Baykara, un syndicat de fonctionnaires turc qui demandait devant les juridictions turques le respect par une commune des termes d'une convention collective. La Cour de cassation turque a contesté l'existence même de ce syndicat en énonçant qu'au moment de sa création, le droit turc ne conférait pas aux fonctionnaires le droit de se syndiquer, ni celui de mener des négociations collectives. Le syndicat a donc saisi la Cour EDH d'une requête pour faire reconnaître la violation de l'article 11 de la Convention.

À cette occasion, la Cour EDH a jugé qu'« eu égard aux développements du droit du travail tant international que national et de la pratique des États contractants en la matière, (...) le droit de mener des négociations collectives avec l'employeur est, en principe, devenu l'un des éléments essentiels » de la liberté syndicale. (§154 de l'arrêt Demir & Baykara).

Par conséquent, **sans cet élément essentiel qu'est le droit de mener des négociations collectives, la liberté syndicale serait vidée de sa substance** (§144 de l'arrêt).

§144 de l'arrêt : « [...] l'évolution de la jurisprudence quant au contenu du droit syndical consacré par l'article 11 est marquée par deux principes directeurs : d'une part, la Cour prend en considération la totalité des mesures prises par l'État concerné afin d'assurer la liberté syndicale dans la mise en œuvre de sa marge d'appréciation, d'autre part, **la Cour n'accepte pas les restrictions qui affectent les éléments essentiels de la liberté syndicale sans lesquels le contenu de cette liberté serait vidé de sa substance**. Ces deux principes ne se contredisent pas, ils sont corrélés. Cette corrélation implique que **l'État contractant en cause, tout en étant libre en principe de décider quelles mesures il entend prendre afin d'assurer le respect de l'article 11, est dans l'obligation d'y inclure les éléments considérés comme essentiels par la jurisprudence de la Cour** ».

3.1.3- Droit de l'Union européenne

Le droit de la négociation collective par le biais des partenaires sociaux est également garanti au sein du droit de l'Union européenne.

L'article 28 Charte des droits fondamentaux de l'UE sur le droit de négociation et d'actions collectives énonce que « *les travailleurs et les employeurs, ou leurs organisations respectives, ont, conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales, le droit de négocier et de conclure des conventions collectives aux niveaux appropriés et de recourir, en cas de conflits d'intérêts, à des actions collectives pour la défense de leurs intérêts, y compris la grève* ».

L'article 152 du Traité FUE sur la reconnaissance de l'autonomie des partenaires sociaux énonce lui que « *l'Union reconnaît et promeut le rôle des partenaires sociaux à son niveau, en prenant en compte la diversité des systèmes nationaux. Elle facilite le dialogue entre eux, dans le respect de leur autonomie* ».

Les dispositions critiquées sont sans aucun doute contraires au droit de l'Union européenne cité ci-dessus.

3.2- La violation de l'article 6§2 de la Charte

Les nouvelles dispositions issues de l'ordonnance ne visent clairement pas à promouvoir – tel que l'entend le Comité européen des droits sociaux dans son interprétation donnée à l'article 6§2 de la Charte sociale européenne sur le droit à la négociation collective – **d'une façon**

positive, avec l'aide de moyens appropriés, la conclusion de conventions collectives si leur état de développement spontané n'est pas suffisant et à garantir que les partenaires sociaux soient en mesure d'ouvrir entre eux des négociations collectives.

L'article 6§2 de la Charte énonce qu'« en vue d'assurer l'exercice effectif du droit de négociation collective, les Parties s'engagent : (...) à promouvoir, lorsque cela est nécessaire et utile, l'institution de procédures de négociation volontaire entre les employeurs ou les organisations d'employeurs, d'une part, et les organisations de travailleurs, d'autre part, en vue de régler les conditions d'emploi par des conventions collectives ».

Il est vrai que la Charte sociale européenne prévoit à l'article G que **ce droit à la négociation collective garanti par l'article 6§2 peut être limité**. Toutefois, selon ce même article et l'interprétation donnée par le Comité européen des droits sociaux⁴, ces restrictions ne sont valables que sous trois conditions cumulatives:

- elles doivent être **prescrites par la loi** ;
- elles doivent **poursuivre un but légitime** ;
- elles doivent être **nécessaires dans une société démocratique pour parvenir à ces buts**. Autrement dit, la restriction doit être proportionnée au but légitime poursuivi.

La troisième et dernière condition semble ici très discutable : le Gouvernement aurait en effet pu choisir une mesure autre que le « référendum patronal » pour favoriser le dialogue social.

Ce dispositif a en réalité pour résultat de renforcer le pouvoir unilatéral de l'employeur dans les petites entreprises. En conséquence, cela conduit à une absence totale de négociation entendue au sens de l'article 6§2 de la Charte sociale européenne.

Concernant l'effectivité du droit à la négociation collective, certes il s'agit d'un droit garanti dans les entreprises de moins de 11 et jusqu'à 20 salariés, mais en réalité ce droit n'apparaît plus qu'être un droit théorique et illusoire et non un droit concret et effectif.

Pour rappel, dans les entreprises de moins de 11 salariés, l'employeur n'a pas l'obligation d'organiser des élections professionnelles. En conséquence, s'implanter syndicalement dans une entreprise de moins de 11 salariés par le biais de cette disposition demeure complètement théorique. En outre, la possibilité d'avoir un délégué syndical conventionnel demeure également très théorique. Et enfin, certes, il reste possible dans les entreprises de 11 à 20 salariés d'avoir un délégué syndical (membre de la délégation au CSE) pour négocier un accord, mais en pratique, l'application des nouvelles règles conduit une fois encore à priver les organisations syndicales de la faculté de s'implanter dans les entreprises de 11 à 20. Ce constat s'observe au regard des règles relatives à l'organisation des élections professionnelles, au mandatement et aux modalités du décompte des effectifs.

Au regard de l'ensemble de ces éléments, force est de constater que les articles L. 2232-21, L. 2232-22, L. 2232-22-1 et L. 2232-23 du Code du travail, tels qu'issus de l'ordonnance du 22 septembre 2017, violent l'article 6§2 de la Charte sociale européenne.

⁴ Réclamation n°118/2015 CGT-FO c. France du 03.07.18.

4- En pratique, des « accords » déséquilibrés, conduisant à une réduction des droits des salariés

Les « accords » soumis à référendum, publiés sur le site officiel « Légifrance », mettent en lumière le fait qu'il n'y a aucune négociation entre l'employeur et les organisations syndicales de travailleurs, ni d'ailleurs avec les salariés eux-mêmes. Ce qui se traduit inévitablement par une réduction des droits existants sans aucune contrepartie pour les salariés.

Les thèmes les plus fréquemment traités par ces « accords » sont ceux de la durée du travail et de l'aménagement du temps de travail (par exemple : l'augmentation du volume d'heures supplémentaires auquel il peut être recouru, l'aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine, la mise en place du travail de nuit et du travail du dimanche, le forfait jours).

Or, il faut savoir qu'en droit français la plupart des aménagements du temps de travail ne peuvent être introduits dans une entreprise que par accords collectifs compte tenu de leur impact sur la santé et la sécurité des travailleurs. C'est pourquoi ces accords collectifs doivent nécessairement être encadrés par la négociation collective, afin d'assurer des garanties et des contreparties effectives pour les travailleurs.

Voici quelques exemples d'«accords » qui illustrent bien l'absence de garanties et de contreparties pour les salariés.

- Un accord⁵ prévoit de rabaisser le taux de majoration des heures supplémentaires au minimum légal (10% au lieu de 25%) et d'augmenter le nombre d'heures supplémentaires auxquelles il peut être recouru (250 heures par an au lieu de 200 heures dans le secteur de la coiffure) le tout sans aucune contrepartie. L'accord se contentant de faire un copier-coller de ce que la loi française prévoit en matière de contrepartie obligatoire en repos lorsqu'il n'y pas d'accord collectif.
- Un accord⁶ prévoit l'augmentation du nombre d'heures supplémentaires auxquelles il peut être recouru (350 heures par an au lieu de 220 heures dans le secteur de la boulangerie) le tout sans aucune contrepartie sinon un simple copier-coller de ce que la loi française prévoit en matière de durée maximale du travail lorsqu'il n'y pas d'accord collectif.
- Un accord⁷ prévoit uniquement pour les vendeurs à temps partiel dans le secteur de la boulangerie un aménagement du temps de travail sur une période d'une année sans prévoir la moindre contrepartie. Sans accord collectif, il n'est possible de le faire que sur 9 semaines.
- Un accord prévoit ⁸ dans le secteur de l'industrie laitière de baisser la durée minimum de travail des salariés à temps partiel sur une journée (de 4 heures fixées par la branche) à 3 heures) et d'augmenter la durée de l'interruption de travail sur une journée (de 2 heures fixées par la branche à 4 heures).

⁵ Accord collectif d'entreprise relatif aux heures supplémentaires de la société VIJAN du 12.10.18.

⁶ Accord collectif d'entreprise sur le contingent annuel d'heures supplémentaires de la société Maréchal du 01.08.19.

⁷ Accord collectif d'entreprise portant sur l'aménagement du temps de travail de la société LEMASSON du 15.03.19.

⁸ Accord collectif d'entreprise relatif à la durée minimale de travail journalière et la répartition des heures de travail de la fromagerie CHAMPSAUR du 12.07.18.

- Un accord prévoit ⁹ le recours au travail de nuit sans prévoir les mesures pourtant rendues obligatoires par la loi afin d' améliorer les conditions de travail des salariés et de faciliter l'articulation vie personnelle-vie professionnelle.
- Le même accord prévoit de recourir aux conventions de forfait jours et notamment la possibilité pour les salariés de renoncer à une partie de leurs jours de repos sans prévoir de contrepartie autre que les 10% de majoration que la loi prévoit déjà. Alors que ces salariés sont déjà exclus des dispositions légales relatives aux durées maximales de travail.

De manière plus anecdotique, nous pouvons souligner que le caractère non négocié de ces prétendus « accords » transpire dans certaines rédactions. C'est ainsi qu'un « accord »¹⁰ est intitulé « *accord d'entreprise relatif au temps de travail par décision unilatérale de l'employeur après approbation par référendum* ».

Il faut noter que l'étude de la Dares citée ci-dessus, va dans le même sens. L'Etude précise que 92% des 872 textes conclus dans les entreprises de moins de 11 salariés sont des accords et avenants ratifiés par 2/3 des salariés portant sur le temps de travail (36% portent sur les forfaits jours et heures, 33% sur l'aménagement par la modulation et l'annualisation ; 31% par d'autres dispositifs et 27% sur les heures supplémentaires).

En outre sur les 233 textes portant sur les heures supplémentaires, 71 ramènent le taux de majoration à 10 %, 5 à 15 %, 2 à 12 % et 2 à 20 %, pour les premières heures ou pour la totalité. Soit 1/3 des accords dans lesquels la majoration est inférieure à celle du Code du travail. 38 textes portent le contingent au-delà de 350 heures, de 360 à 600. Ce qui est très inquiétant.

⁹ Accord collectif d'entreprise de la société PROCESS TECHNOLOGY du 04.01.19.

¹⁰ Accord collectif d'entreprise de la société LOCATION DE CHAPITEAUX du 31.05.18.

5- Conclusions

Il a été démontré que la mise en place des « accords collectifs » dans les petites entreprises, instituées dans la législation française par l'article 8 de l'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017, avait pour résultat de renforcer le pouvoir unilatéral de l'employeur et de contourner la négociation avec les organisations syndicales de travailleurs.

Pour ces raisons, la Confédération française démocratique du travail (CFDT) demande au Comité Européen des Droits Sociaux de :

- Déclarer recevable la réclamation présentée par la Confédération française démocratique du travail (CFDT) ;
- Dire que la législation française¹¹, relative à la mise en place des « accords collectifs » dans les petites entreprises est contraire à l'article 6§2 de la Charte sociale européenne révisée en ce qu'elle instaure la possibilité pour l'employeur de mettre en place un « accord collectif » dans l'entreprise sans la moindre négociation avec les organisations syndicales de travailleurs (et les salariés qui sont uniquement sollicités pour approuver ou non le document élaboré unilatéralement par l'employeur);
- Enjoindre à la France de modifier sa législation afin d'assurer le respect de la Charte sociale européenne.

Laurent BERGER
Secrétaire Général de la Confédération
Française Démocratique du Travail (CFDT)



¹¹ Art. L. 2232-21, L. 2232-22, L. 2232-22-1 et L. 2232-23 C.trav.

PIÈCES À L'APPUI DES PRÉTENTIONS DE LA CONFÉDÉRATION FRANÇAISE DÉMOCRATIQUE DU TRAVAIL

- Pièce n°1 : Réclamation du 15 janvier 2020 Confédération Française Démocratique du Travail contre France
- Pièce n° 2 : Ordonnance n°2017-1385 du 22.09.17 relative au renforcement de la négociation collective.
- Pièce n°3 : Décret d'application n°2017-1767 du 26.12.17 relatif aux modalités d'approbation des accords dans les très petites entreprises.
- Pièce n°4 : Arrêt du Conseil d'État n°4117652 du 01.04.19.
- Pièce n°5 : Réclamation n°118/2015 CGT-FO c. France du 03.07.18.
- *Pièce n°6 : Les textes conclus dans les TPE, Catherine Daniel, DARES, département RPTT, 19.12.19.*
- Pièce n°7 : Accord collectif d'entreprise relatif aux heures supplémentaires de la société VIJAN du 12.10.18.
- Pièce n°8 : Accord collectif d'entreprise sur le contingent annuel d'heures supplémentaires de la société Maréchal du 01.08.19.
- Pièce n°9 : Accord collectif d'entreprise portant sur l'aménagement du temps de travail de la société LEMASSON du 15.03.19.
- Pièce n°10 : Accord collectif d'entreprise relatif à la durée minimale de travail journalière et la répartition des heures de travail de la fromagerie CHAMPSAUR du 12.07.18.
- Pièce n°11 : Accord collectif d'entreprise de la société PROCESS TECHNOLOGY du 04.01.19.
- Pièce n°12 : Accord collectif d'entreprise de la société LOCATION DE CHAPITEAUX du 31.05.18.