



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

3 février 2021

**Pièce n°6**

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

**REPLIQUE DE LA CONFEDERATION FRANÇAISE  
DEMOCRATIQUE DU TRAVAIL (CFDT) AU MEMOIRE DU  
GOUVERNEMENT SUR LE BIEN-FONDE**

**Enregistrée au secrétariat le 20 janvier 2021**



**MÉMOIRE DE LA CONFÉDÉRATION FRANÇAISE  
DÉMOCRATIQUE DU TRAVAIL  
EN RÉPLIQUE AU MÉMOIRE DU GOUVERNEMENT SUR LE  
BIEN-FONDÉ DE LA RECLAMATION N° 189/2020 CFDT c.  
FRANCE**

Table des matières

<b>I. RAPPEL DE L'OBJET DE LA RÉCLAMATION</b> .....	2
<b>II. SUR LE BIEN-FONDÉ DE LA RÉCLAMATION ET LES OBSERVATIONS DU GOUVERNEMENT FRANÇAIS</b> .....	3
A. Sur le contournement des organisations syndicales et l'atteinte au droit de négociation collective garanti par l'article 6§2 de la Charte .....	3
1. <i>Sur l'absence de négociation préalable avec les organisations syndicales</i> .....	3
2. <i>Sur les mesures positives alternatives pour promouvoir la négociation collective et         éviter le contournement des partenaires sociaux</i> .....	5
B. Sur le renforcement du pouvoir unilatéral de l'employeur .....	7
1. <i>Sur l'absence de négociation préalable et le dialogue direct avec les salariés</i> .....	7
2. <i>Sur l'extension du pouvoir de décision unilatérale de l'employeur</i> .....	9
3. <i>Sur le défaut de loyauté et d'équité des négociations</i> .....	11
C. Sur l'entrave faite aux organisations syndicales souhaitant s'implanter dans les petites entreprises.....	12
D. Sur le caractère particulièrement préjudiciable du dispositif pour les droits des salariés .....	13
<b>III. CONCLUSION GÉNÉRALE</b> .....	19

1. Par un mémoire enregistré au secrétariat du Comité européen des droits sociaux le 26 octobre 2020, le Gouvernement français a formulé des observations sur le bien-fondé de la réclamation n°189/2020 portée par Confédération française démocratique du travail (ci-après « CFDT »).
2. La CFDT a l'honneur de présenter au Comité européen des droits sociaux les observations en réplique au mémoire du Gouvernement français sur le bien-fondé de la réclamation.
3. Le présent mémoire en réplique intervient ainsi en complément de la première réclamation communiquée par la CFDT et dont les développements restent valables.
4. Par ailleurs, la Confédération européenne des syndicats a présenté le 29 octobre 2020 des observations venant en appui de la réclamation collective initiale et que la CFDT soutient.
5. Par soucis de clarté, la CFDT reprend dans son mémoire en réplique, l'ordre des arguments soutenus par le Gouvernement français dans ses observations sur la réclamation collective.

## **I. RAPPEL DE L'OBJET DE LA RÉCLAMATION**

6. Pour la CFDT, les articles L. 2232-21, L. 2232- 22, L. 2232-22-1 et L. 2232-23 du Code du travail méconnaissent l'article 6§2 de la Charte sociale européenne révisée. Ces dispositions permettent aux employeurs de contourner la négociation collective avec les représentants syndicaux en prévoyant que dans les entreprises de moins de onze salariés dépourvues de délégué syndical et dans les entreprises de onze à vingt salariés en l'absence de membre élu de la délégation du personnel du comité social et économique, un employeur peut faire valider un projet d'accord par une simple ratification à la majorité des deux tiers des salariés. L'« accord » a alors valeur d'accord collectif d'entreprise avec les conséquences s'y rattachant dont celles de pouvoir primer sur un accord de branche négocié et signé avec les partenaires sociaux, mais aussi de s'imposer au contrat de travail lorsqu'il s'agit d'un accord de performance collective.
7. Pour rappel, l'article 6§2 de la Charte sociale européenne révisée (ci-après « la Charte ») énonce que :

*« En vue d'assurer l'exercice effectif du droit de négociation collective, les Parties s'engagent : [...]*

*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'autres part, en vue de régler les conditions d'emploi par des conventions collectives ».*

## II. SUR LE BIEN-FONDÉ DE LA RÉCLAMATION ET LES OBSERVATIONS DU GOUVERNEMENT FRANÇAIS

### A. Sur le contournement des organisations syndicales et l'atteinte au droit de négociation collective garanti par l'article 6§2 de la Charte

8. Dans son mémoire, le Gouvernement affirme que l'absence de négociation préalable avec les organisations syndicales ne constitue pas à elle seule une méconnaissance du principe de participation des travailleurs consacré par la Constitution française.

9. La CFDT entend répondre aux arguments développés par le Gouvernement concernant l'absence de négociation préalable avec les organisations syndicales (1) tout en présentant les mesures positives alternatives pour promouvoir la négociation collective et éviter le contournement des partenaires sociaux (2).

#### 1. Sur l'absence de négociation préalable avec les organisations syndicales

10. Selon le Gouvernement, l'article 6§2 de la Charte ne prévoit pas les situations caractérisées par l'absence de représentation syndicale dans l'entreprise. En outre, selon lui, les termes de l'article 6§2 de la Charte qui énoncent « *lorsque cela est nécessaire et utile* » conduit à laisser une grande marge d'interprétation aux Etats parties à la Charte et, en ce sens, il ne peut être déduit que le droit de la négociation collective issu de l'article 6 de la Charte ne s'exerce de façon effective qu'avec les organisations syndicales, lesquelles ne disposent pas de monopole en matière de négociation. Ainsi, pour le Gouvernement, les dispositions du Code du travail attaquées par la CFDT « *concourent à l'objectif recherché par l'article 6§2 de la Charte en permettant à l'employeur, en l'absence de délégation syndicale ou de représentants élus du personnel, de consulter les salariés et recueillir leur approbation sur certaines mesures à prendre ayant un effet sur leurs conditions de travail* » (§27 du mémoire du Gouvernement).

11. La CFDT réfute cette interprétation. Dans sa rédaction, l'article 6§2 précise bien qu'il s'agit d'« *organisations de travailleurs* », lesquelles sont, en premier lieu les organisations syndicales représentatives ou, à défaut, des représentants des salariés élus, lesquels peuvent être mandatés ou non par des organisations syndicales représentatives pour exercer le droit de négocier. Ainsi, les salariés pris individuellement ne peuvent être considérés comme une organisation de travailleurs pouvant exercer le droit de négociation collective, à moins qu'ils ne soient mandatés par une organisation syndicale représentative pour exercer ce droit.

12. En attestent d'ailleurs les dispositions des normes de l'Organisation internationale du travail (ci-après « OIT »), notamment :

- L'article 2 de la convention 154 de l'OIT sur la négociation collective de 1981 évoque bien une négociation qui doit avoir lieu « *entre un employeur, un groupe d'employeurs ou une ou plusieurs organisations d'employeurs, d'une part, et une ou plusieurs organisations de travailleurs, d'autre part* ».
- L'article 3 de la même convention de l'OIT ajoute : « *1. Pour autant que la loi ou la pratique nationales reconnaissent l'existence de représentants des travailleurs tels qu'ils sont définis à l'article 3, alinéa b), de la convention concernant les représentants des travailleurs, 1971, la loi ou la pratique nationales peuvent déterminer dans quelle mesure le terme **négociation collective** devra également englober, aux fins de la présente convention, les négociations avec ces représentants.*  
*2. Lorsque, en application du paragraphe 1 ci-dessus, le terme **négociation collective** englobe également les négociations avec les représentants des travailleurs visés dans*

ce paragraphe, des mesures appropriées devront être prises, chaque fois qu'il y a lieu, pour garantir que la présence de ces représentants ne puisse servir à affaiblir la situation des organisations de travailleurs intéressées ».

- L'article 3 de la convention n°135 de l'OIT concernant les représentants des travailleurs de 1971 énonce qu'« aux fins de la présente convention, les termes **représentants des travailleurs** désignent des personnes reconnues comme tels par la législation ou la pratique nationales, qu'elles soient :  
(a) **des représentants syndicaux, à savoir des représentants nommés ou élus par des syndicats ou par les membres de syndicats;**  
(b) **ou des représentants élus, à savoir des représentants librement élus par les travailleurs de l'entreprise, conformément aux dispositions de la législation nationale ou de conventions collectives, et dont les fonctions ne s'étendent pas à des activités qui sont reconnues, dans les pays intéressés, comme relevant des prérogatives exclusives des syndicats ».**
- La recommandation 91 de l'OIT sur les conventions collectives de 1951 complète les précédentes conventions en donnant une définition de l'accord collectif comme étant celui conclut « 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 ».

13. En outre, pour reprendre un élément développé par la Confédération européenne des syndicats (ci-après « CES ») dans ses observations, la Commission d'experts sur l'application des conventions et recommandations de l'OIT fait état dans un rapport de 2012 des éléments suivants :

*« Alors que la législation ou la pratique de la grande majorité des pays reconnaissent le droit de tous les travailleurs de négocier collectivement à travers leurs organisations syndicales – tout en assurant toutefois de manière inégale la promotion –, plusieurs systèmes continuent cependant à priver d'importantes catégories de travailleurs de ce droit. À ces restrictions s'ajoutent deux phénomènes qui attirent l'attention de la commission. Il s'agit premièrement de la tendance de certains législateurs à privilégier les droits individuels en matière d'emploi au détriment des droits collectifs. Cette tendance va à l'encontre des principes de l'OIT, en particulier de la recommandation (n° 91) sur les conventions collectives, 1951, qui rappelle le principe de la force obligatoire des conventions collectives et de leur primauté sur le contrat de travail individuel (à l'exception des dispositions de ce dernier, qui seraient plus favorables aux travailleurs couverts par la convention collective). Deuxièmement, dans certains pays, les accords collectifs entre employeurs et groupes de travailleurs non syndiqués sont beaucoup plus nombreux que les conventions collectives conclues avec les organisations représentatives des travailleurs. Ce constat démontre que l'obligation de promouvoir la négociation collective au sens de l'article 4 n'est pas encore pleinement respectée »<sup>1</sup>.*

14. Tel que le souligne la CES dans ses observations, en vertu des articles 31 à 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, les dispositions de la Charte

---

<sup>1</sup> BIT, Conférence Internationale du Travail, 101<sup>ème</sup> session, 2012, Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations – Rapport III (Partie 1B), [Donner un visage humain à la mondialisation](#), Genève 2012, §199, pp. 84-85.

doivent être interprétées conformément aux autres instruments internationaux et européens (§82 des observations de la CES). Par conséquent, l'article 6 de la Charte doit notamment être interprété conformément aux normes de l'OIT présentées ci-dessus et dont les conventions mentionnées ont été ratifiées par la France.

15. Bien que les normes de l'OIT énoncées précédemment reconnaissent la possibilité que l'exercice de la négociation collective puisse être attribué, en plus des représentants syndicaux, aux représentants élus des travailleurs, il n'est nullement mention des travailleurs pris individuellement ou de la possibilité d'une « négociation » directe avec ceux-ci (voir sur ce point les développements ci-après §44 et suivants).

## **2. Sur les mesures positives alternatives pour promouvoir la négociation collective et éviter le contournement des partenaires sociaux**

16. Le Gouvernement rappelle dans un premier temps que les dispositions attaquées ne s'appliquent qu'en l'absence de délégué syndical.

17. Sur ce point, la CFDT reconnaît le fait que les articles L. 2232-21 à L. 2232-23 du Code du travail n'interdisent pas la présence des organisations syndicales, mais ces dispositions ne l'encouragent pas et ne la favorisent pas au sens de l'article 6§2 de la Charte puisque le dispositif de ratification du projet d'accord à la majorité des deux tiers des salariés n'implique aucune négociation.

18. Dans un second temps, le Gouvernement énonce que dans les faits, les délégués syndicaux sont très peu présents dans les petites entreprises et constate qu'un « *nombre très important de petites entreprises ne disposent pas de délégué syndical permettant de conclure des accords d'entreprise selon le mode de négociation habituel, rendant nécessaire le recours à des procédures alternatives de négociation* » (§35 du mémoire du Gouvernement).

19. Si la CFDT reconnaît la difficulté des organisations syndicales à s'implanter dans des petites entreprises, elle conteste pour autant le fait que le Gouvernement ait recouru au dispositif de la ratification du projet d'accord à la majorité des deux tiers des salariés comme procédure alternative de négociation. Les organisations syndicales peuvent en effet être présentes *via* d'autres moyens permettant de « renforcer » véritablement la négociation collective dans l'entreprise<sup>2</sup>. Ainsi, d'autres moyens moins stricts et moins radicaux que ce dispositif du « *référendum patronal* » auraient dû être considérés afin de promouvoir « ***d'une façon positive***, avec l'aide de moyens appropriés »<sup>3</sup>, la négociation collective entre les employeurs et les organisations de travailleurs. Le dispositif du « *référendum patronal* » ne constitue en effet aucunement une mesure positive pour remédier à l'absence de représentants syndicaux dans les petites entreprises. En ce sens, dans sa réclamation collective, la CFDT a déjà fait état de ce grief, auquel le Gouvernement ne répond pas de manière satisfaisante. En effet, d'autres alternatives au dispositif du « *référendum patronal* » qui constituent des mesures positives et moins radicales se présentaient pour le Gouvernement.

20. Tout d'abord, le recours au mandatement d'un salarié par une organisation syndicale représentative dans les entreprises de moins de 11 salariés. La procédure de mandatement

---

<sup>2</sup> Au sens de l'intitulé de l'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective.

<sup>3</sup> Conclusions I de 1969, observation interprétative relative à l'article 6§2 ; V. également Décision sur la recevabilité et le bien-fondé : Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) c. Suède, Réclamation n° 85/2013, §111.

dans les entreprises de moins de 11 salariés a été supprimée par le législateur en 2017 sans véritable justification, si ce n'est d'énoncer simplement que le mandatement « *n'a pas fait ses preuves* »<sup>4</sup> au sein des très petites entreprises, et ce au vu de seules données chiffrées communiquées par le Gouvernement (§41 du mémoire du Gouvernement) « *alors que, de surcroît manquent les études de terrain qui permettraient d'expliquer l'échec du mandatement syndical* »<sup>5</sup>. D'ailleurs, il est important de relever que la possibilité de recourir au mandatement est maintenue pour les entreprises de 11 à 20 salariés.

21. Le mandatement du salarié avait pour vertu, d'une part, de permettre une élaboration conjointe du projet d'accord avec un salarié, mandaté par une organisation syndicale représentative, qui bénéficiait alors d'une protection contre le licenciement. D'autre part, le mandatement offre au salarié un soutien de la part de l'organisation syndicale, lui permettant de bénéficier de conseils et d'avoir un avis éclairé au moment de la négociation de l'accord. Ainsi, un rééquilibrage des pouvoirs était garanti. Avec le dispositif du « *référéndum patronal* », non seulement aucune protection contre le licenciement des salariés qui ratifient ou qui ne ratifient pas le projet d'accord n'est assurée, mais aucune concertation des salariés au sens de l'article L. 2232-29, 3° du Code du travail n'est prévue.

22. Ensuite, la négociation au niveau des commissions paritaires régionales interprofessionnelles (ci-après « CPRI »). Ces CPRI ont été créées par la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi en vue d'assurer une représentation territoriale aux salariés des entreprises de moins de 11 salariés. Les organisations syndicales et patronales représentatives au niveau régional siègent au sein de ces CPRI. Ces commissions n'ont pour l'heure pas vocation à négocier et ont pour seules compétences:

- de donner aux salariés et aux employeurs toutes informations ou tous conseils utiles sur les dispositions légales ou conventionnelles qui leur sont applicables ;
- d'apporter des informations, de débattre et de rendre tout avis utile sur les questions spécifiques aux entreprises de moins de onze salariés et à leurs salariés, notamment en matière d'emploi, de formation, de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, de conditions de travail, de santé au travail, d'égalité professionnelle, de lutte contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes, de travail à temps partiel et de mixité des emplois ;
- de faciliter la résolution de conflits individuels ou collectifs n'ayant pas donné lieu à saisine d'une juridiction ;
- et de faire des propositions en matière d'activités sociales et culturelles.

23. Il s'agirait donc de reconnaître à cette instance une nouvelle prérogative de négociation pour représenter les salariés des petites entreprises dépourvues de délégué syndical et de membre élu de la délégation du personnel du comité social et économique.

24. Enfin, l'accord de branche qui permet de couvrir les petites entreprises. La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels a instauré « *les accords types de branches* » négociés avec les partenaires sociaux. L'objectif était de créer des accords spécifiquement prévus pour les moins de 50 salariés et ce, afin qu'ils puissent s'appliquer dans les petites entreprises où le dialogue social peine à exister. Dans les faits, ces accords types sont trop rares. C'est pourquoi en 2017, l'article L. 2261-23-1 du Code du travail est créé afin d'inciter les branches à négocier en prévoyant que « *pour pouvoir être étendu, la convention de*

<sup>4</sup> Mémoire du Gouvernement français §40.

<sup>5</sup> F. Rosa, « La "négociation" dans les petites entreprises et les normes internationales », *Droit ouvrier* n° 840, Juillet 2018, p. 455 ; également en ce sens, F. Canut, « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », *Droit social*, 2017, pp. 1033 et s.

branche ou l'accord professionnel doivent, sauf justifications, comporter, pour les entreprises de moins de 50 salariés, les stipulations spécifiques mentionnées à l'article L.2232-10-1 » du Code du travail relatif notamment à l'accord type de branche.

25. Encore une fois, au lieu d'opter pour le choix radical du « référendum patronal », le Gouvernement aurait dû améliorer le dispositif des accords de branche pour mieux couvrir les petites entreprises.

26. D'autant que l'ordonnance n°2017-1385 du 22 décembre 2017 consacre le principe de primauté de l'accord collectif d'entreprise sur l'accord de branche. Par conséquent, un « accord » collectif ratifié par la majorité des deux tiers des salariés prime sur un accord de branche spécifique aux très petites entreprises, alors que les accords de branche sont ici les seuls négociés et signés par les partenaires sociaux.

27. Tel qu'il a été démontré précédemment, les dispositions du Code du travail relatives à la ratification du projet d'accord à la majorité des deux tiers des salariés conduisent à mettre à l'écart et contourner les organisations syndicales. Les dispositions du Code du travail ne se trouvent donc sur ce point pas en conformité avec l'article 6§2 de la Charte (consistant à privilégier et promouvoir la négociation collective). Il aurait été préférable de corriger, de compléter et d'améliorer les différents dispositifs existants (présentés ci-dessus) au lieu d'opter pour le choix radical du « référendum patronal ».

## **B. Sur le renforcement du pouvoir unilatéral de l'employeur**

28. Tel qu'il a été soutenu au sein de la réclamation collective, et contrairement à ce qui est affirmé par le Gouvernement dans son mémoire, les dispositions du Code du travail en cause visent à porter atteinte au droit de négociation collective en ce que la consultation des salariés s'opère en l'absence de négociation préalable et dans le cadre d'un dialogue direct avec les salariés (1), conduit à étendre le pouvoir unilatéral de l'employeur (2) et ne permet pas de garantir la loyauté et l'équité des négociations (3).

### **1. Sur l'absence de négociation préalable et le dialogue direct avec les salariés**

29. Pour le Gouvernement, l'absence de négociation préalable avec les organisations syndicales ne signifie pas que le projet d'accord ne fait l'objet d'aucune négociation. Selon lui, « l'article 6 de la Charte ne réserve nullement le principe de la négociation aux seules organisations et ne prive pas d'un dialogue direct l'employeur et les salariés, dès lors qu'il ne contourne pas, lorsqu'ils existent, les partenaires sociaux » (§44 du mémoire du Gouvernement).

30. Le Gouvernement avance ensuite que dans les petites entreprises dépourvues de délégué syndical, « le dialogue social revêt un caractère informel. En pratique, le projet d'accord proposé par l'employeur est négocié de manière informelle avec les salariés avant que l'employeur ne propose sa ratification » (§47).

31. Pour la CFDT, cette conception de la négociation collective est totalement erronée et ne correspond pas à la définition retenue par les textes européens et internationaux, comme le souligne d'ailleurs en ce sens la CES dans ses observations.

32. Ainsi, rappelons tout d'abord que l'article 2 de la convention 154 de l'OIT définit la négociation collective comme étant celle ayant lieu « entre un employeur, un groupe d'employeurs ou une ou plusieurs organisations d'employeurs, d'une part, et une ou plusieurs organisations de travailleurs, d'autre part ». Il convient ensuite de souligner que la recommandation 91 de l'OIT définit l'accord collectif comme étant celui conclut « 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 ».*

33. De plus, le Comité européen des droits sociaux a déjà pu préciser que « *l'objectif de l'article 6§2 est de promouvoir la négociation collective à la fois libre et volontaire, à laquelle **participent des parties représentant des organisations libres et dûment informées.** Selon l'interprétation donnée par le Comité à cette disposition, les Etats Parties s'engagent non seulement à reconnaître dans leur législation la possibilité pour les employeurs et les travailleurs de régler leurs relations mutuelles par voie de convention collective, mais également **de promouvoir d'une façon positive, avec l'aide de moyens appropriés, la conclusion de telles conventions si leur état de développement spontané n'est pas suffisant et à garantir, en particulier, que les partenaires sociaux soient disposés à ouvrir entre eux des négociations collectives** »<sup>6</sup>.*

34. Pour la CFDT, l'article 6§2 de la Charte vise à « *assurer l'exercice effectif du droit de la négociation collective* ». Or, contrairement à ce qu'affirme le Gouvernement, le dispositif de ratification du projet d'accord à la majorité des deux tiers des salariés, tel que prévu par les articles L. 2232-22 à L. 2232-23 du Code du travail, ne constitue ni un moyen de promouvoir la négociation collective à la fois libre et volontaire, ni un moyen d'assurer l'exercice effectif du droit de la négociation collective puisque de fait, celle-ci est tout simplement absente. Cette absence manifeste de négociation s'observe au regard de différents éléments.

35. En premier lieu, l'employeur rédige seul le projet d'accord, alors que dans une véritable négociation, l'accord collectif provient d'une négociation entre deux parties : la partie patronale et la partie syndicale. Or, à observer de plus près les articles L. 2232-21 à L. 2232-22-1, il apparaît que ceux-ci sont intégrés au sein d'un paragraphe du Code du travail qui s'intitule « *modalités de ratification des accords* » et non « *modalités de négociation* », ce qui confirme ainsi qu'il n'est nullement question d'une négociation<sup>7</sup>. En effet, les salariés ne peuvent en pratique pas contribuer à faire évoluer le contenu de l'accord collectif lors de la proposition du projet d'accord par l'employeur ou lors de la procédure de révision. Pour reprendre les propos d'un auteur de doctrine « *bien entendu, rien n'empêche l'employeur d'organiser des réunions d'information du personnel, c'est-à-dire un lieu d'échange permettant, dans les faits, une co-construction de l'accord d'entreprise entre l'employeur et les salariés, mais n'y étant pas obligé, cela semble franchement peu probable* »<sup>8</sup>.

36. En deuxième lieu, dans les entreprises de moins de 21 salariés, la majorité des deux tiers est rapidement atteinte et l'employeur peut facilement identifier qui a voté pour le projet d'accord et qui a voté contre. Par conséquent, il est fort probable que les salariés n'osent pas dire « non » au vu de la pression que pourra exercer leur employeur. À cet égard, un tel dispositif ne permet pas de garantir une libre expression du consentement des salariés consultés<sup>9</sup>. Le salarié peut craindre d'éventuelles représailles et ne pourra pas bénéficier de la protection attachée au mandat d'élu, aux mandatés ou encore aux membres des CPRI.

37. En troisième lieu, les « *accords* » ratifiés à la majorité des deux tiers des salariés analysés sur la période de janvier à février 2020 (voir ci-après §68 et suivants ainsi que le tableau en annexe) révèlent dans leur contenu qu'aucun texte n'a été négocié. Plus

<sup>6</sup> CEDS, 3 juillet 2018, CGT-FO c/ France, réclamation collective n°118/2015, § 60.

<sup>7</sup> En ce sens, Y. Leroy, « La négociation collective sans négociation : coup de maître ou hérésie ? », *Droit social*, 2020, p. 854.

<sup>8</sup> Y. Leroy, *Op. cit.*

<sup>9</sup> En ce sens, Y. Leroy, *Op. cit.*, note 27.

particulièrement, cette absence de négociation transparait dans la rédaction du préambule de ces accords qui reflète de manière générale le seul point de vue de l'employeur.

38. En quatrième lieu, les articles L. 2232-22 et L. 2232-22-1 du Code du travail relatifs à la révision et à la dénonciation de l'accord ratifié à la majorité des deux tiers des salariés, ne prévoit pas un régime satisfaisant pour les salariés. D'une part, la révision de l'accord obéit aux mêmes règles que la conclusion de l'accord. D'autre part, pour la dénonciation de l'accord, en l'absence de stipulation expresse, seuls les salariés représentant les deux tiers du personnel peuvent procéder à la dénonciation de l'accord et cette dénonciation ne peut avoir lieu que pendant un délai d'un mois avant chaque date anniversaire de la conclusion de l'accord<sup>10</sup>. Au contraire, l'employeur dispose de plus de liberté puisqu'il peut dénoncer à tout moment l'accord, ce qui conduit à un sérieux déséquilibre pour les salariés qui ne peuvent dénoncer qu'une fois par an. En outre, si cette faculté de dénonciation existe en théorie, il est évident qu'elle est difficilement applicable en pratique du fait, non seulement de la probable difficulté pour le ou les salariés d'identifier deux tiers de ses collègues acceptant de se joindre à lui pour dénoncer l'accord, mais aussi du fait que les salariés souhaitant dénoncer l'accord pourront être facilement identifiés par l'employeur.

39. En cinquième et dernier lieu, le Gouvernement rappelle que l'article L. 2232-21 du Code du travail prévoit un délai minimal de quinze jours entre le moment où l'employeur propose le projet d'accord aux salariés et le moment où la consultation du personnel peut être organisée. Ce délai permet ainsi aux salariés de se rapprocher des unions départementales des organisations syndicales de salariés représentatives dans la branche ou au niveau national interprofessionnel, mais aussi de prendre contact avec l'observatoire d'analyse et d'appui au dialogue social et à la négociation collective, notamment dans les petites entreprises.

40. Or, pour la CFDT, aucune disposition ne prévoit expressément l'obligation pour l'employeur d'informer les salariés de la possibilité de s'adresser aux organisations syndicales représentatives au niveau local ou à l'observatoire d'analyse et d'appui au dialogue social et à la négociation collective. En l'absence d'une telle obligation d'informer sur l'existence de ces instances, rares sont les salariés qui auront le réflexe de s'adresser à ces instances dont le rôle est pourtant indispensable pour obtenir les éclairages nécessaires à la bonne compréhension du projet d'accord. De plus, le délai de quinze jours paraît très court pour ces salariés éloignés du syndicalisme et ne leur permet pas de recueillir un avis éclairé sur des « accords » pouvant être volumineux et aborder de nombreux thèmes.

41. Ainsi, ces différents éléments exposés précédemment établissent les défaillances de la « consultation » des salariés et démontrent qu'un tel dispositif ne peut pas être assimilé à une négociation puisque le vote ne peut en aucun cas remplacer une véritable négociation.

## **2. Sur l'extension du pouvoir de décision unilatérale de l'employeur**

42. Le Gouvernement énonce que la Cour de cassation a déjà pu en 1984 qualifier d'accord collectif un projet d'accord approuvé par référendum en matière d'assurance complémentaire santé. Il en conclut que, « *l'intervention des représentants n'est donc pas une condition nécessaire de la prise en compte de la collectivité des salariés, dans la mesure où la consultation de l'ensemble des salariés ainsi que le seuil élevé des deux tiers assurent l'expression collective de leur intérêt* » (§ 55 du mémoire du Gouvernement).

43. Cette affirmation du Gouvernement est en réalité un paralogisme. La Cour de cassation ne qualifie pas les accords approuvés par référendum d'accords collectifs. Elle considère simplement qu'en matière d'assurance complémentaire, un accord approuvé par référendum

---

<sup>10</sup> Article L.2232-22 alinéa 3 du Code du travail.

emporte les mêmes effets qu'un accord collectif de droit commun, dans le sens où l'obligation de cotiser au régime d'assurance complémentaire s'impose aux salariés présents dans l'entreprise, que ce régime soit mis en place par un accord collectif ou par un accord approuvé par référendum à la majorité des salariés. Cela s'explique par le fait qu'en la matière, selon l'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale, l'employeur peut décider librement de recourir à l'accord collectif, à la ratification d'un projet d'accord à la majorité des salariés ou bien à la décision unilatérale pour mettre en place les garanties, et ce, même en présence de délégués syndicaux dans l'entreprise. Cette jurisprudence visant une matière spécifique ne saurait donc être transposée aux règles générales régissant la négociation collective. Rappelons ensuite que la protection sociale complémentaire a pour objet de compléter les prestations servies par les régimes obligatoires de sécurité sociale. Il s'agit donc d'accords qui prévoient uniquement des avantages pour les salariés. De plus, dans cette matière spécifique, l'accord de branche prime sur l'accord collectif d'entreprise ou l'accord approuvé par référendum au niveau de l'entreprise. Les enjeux sont donc ici totalement différents de la matière du droit du travail.

44. En outre, pour la CFDT, le Gouvernement opère une dangereuse confusion car la « *consultation* » des salariés n'est le reflet que d'une somme d'expression d'intérêts individuels et non l'expression de la collectivité des salariés. En effet, dans le cadre de ce référendum, le salarié vote en fonction de son propre intérêt puisque rien ne l'oblige à prendre en compte la collectivité de salariés<sup>11</sup>. En revanche, la représentation de la collectivité des salariés est bel et bien assurée par le délégué syndical, le représentant élu ou le salarié mandaté. De ce fait, « *c'est cette représentation de la collectivité qui assure l'égalité dans la négociation collective, qui n'existe pas dans le contrat individuel de travail* »<sup>12</sup> et qui permet de rééquilibrer les pouvoirs.

45. De surcroît, le mandat syndical permet de garantir l'indépendance du négociateur vis-à-vis de l'employeur. Une telle indépendance est d'ailleurs « *un élément constitutif de la négociation loyale* »<sup>13</sup> au sens de l'article L.2232-29 du Code du travail, mais qui ne vise que les élus (mandatés ou non) et les salariés mandatés habilités à négocier. Au contraire, les salariés qui s'expriment individuellement sur un projet d'accord ne disposent pas d'une telle indépendance, comme nous avons pu le démontrer précédemment (voir également §21 et § 36).

46. Par ailleurs, le Comité de la liberté syndicale a déjà pu préciser au sujet de la recommandation n° 91 de l'OIT précitée que cette dernière « *met l'accent sur le rôle des organisations de travailleurs en tant qu'une des parties à la négociation collective. La négociation directe conduite entre l'entreprise et son personnel, en feignant d'ignorer les organisations représentatives existantes, peut, dans certains cas, être contraire au principe selon lequel il faut encourager et promouvoir la négociation collective entre les employeurs et les travailleurs* »<sup>14</sup>.

47. Par conséquent, il peut en être déduit que la négociation collective implique nécessairement la présence de représentants syndicaux ou de représentants élus, mais n'implique aucunement la « *négociation* » directe avec les salariés<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> En ce sens, M.-L. Morin, « Derrière "le pragmatisme" des ordonnances, la perversion des droits fondamentaux du travail, *Droit ouvrier*, 2017, n°831, p. 592.

<sup>12</sup> En ce sens, M.-L. Morin, *Op. cit.*

<sup>13</sup> En ce sens, M.-L. Morin, *Op. cit.*

<sup>14</sup> Bureau international du Travail, *La liberté syndicale. Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT*, Genève, 5e édition révisée, 2006, §945, p.199.

<sup>15</sup> En ce sens, M.-L. Morin, *Op. cit.*

48. Enfin, il est important de souligner que le Comité européen des droits sociaux a déjà estimé non conforme à l'article 6§2 de la Charte, une loi espagnole de 2012 qui autorise l'employeur à décider unilatéralement, « *de ne pas appliquer les conditions de travail préalablement convenues avec les représentants des travailleurs dans les pactes et conventions collectives conclues au niveau des entreprises* ». Le Comité affirme en ce sens que « *la légitimation de dérogation unilatérale des conventions collectives librement négociées est en violation de l'obligation de promouvoir les procédures de négociation. En conséquence, le Comité estime que la situation n'est pas conforme à l'article 6§2 de la Charte de 1961 sur ce point* »<sup>16</sup>.

49. En procédant par analogie, il est donc permis de transposer ce raisonnement du Comité à l'hypothèse d'une dérogation unilatérale à l'accord collectif conclu au niveau de la branche<sup>17</sup>, puisque comme nous avons pu le démontrer précédemment, l'adoption du projet d'accord par ratification aux deux tiers des salariés ne procède pas d'une négociation. D'ailleurs certains « *accords* » que nous avons étudiés énoncent que le dispositif de ratification prévu par les dispositions du Code du travail permet de déroger aux dispositions de l'accord de branche<sup>18</sup> ou encore qu'ils se « *substituent à tous les accords en vigueur dans l'entreprise* »<sup>19</sup>, ce qui représente une atteinte au droit de la négociation collective garanti par l'article 6§2 de la Charte.

50. D'une manière générale, le dispositif du « *référendum patronal* », en ce qu'il revient à faire primer une décision unilatérale de l'employeur sur un accord de branche conduit à opérer une ingérence de l'employeur « *dans le droit à la négociation des syndicats au niveau de la branche* »<sup>20</sup>.

### **3. Sur le défaut de loyauté et d'équité des négociations**

51. Selon le Gouvernement, le dispositif de la « *consultation* » des salariés prévoit des garanties qui assurent le respect de la loyauté et de l'équité de la négociation (§56 du mémoire du Gouvernement). Ainsi, l'article R. 2232-10 du Code du travail garantit le caractère personnel et secret de la consultation, qui se déroule en l'absence de l'employeur, afin de protéger le salarié de toute interférence de la part de l'employeur dans sa prise de décision et de protéger le salarié de toute décision arbitraire à son égard en raison de sa position (§57 du mémoire du Gouvernement).

52. Pour la CFDT, contrairement à ce qu'allègue le gouvernement, la loyauté et l'équité des négociations ne sont en pratique pas garanties. En atteste la lecture de certains procès-verbaux de consultation. Ainsi, l'auteur d'une étude réalisée sur l'ensemble des accords de performance collective conclus en 2018 rapporte que « *l'analyse des accords de performance collective ratifiés en 2018, tous dans des entreprises de moins de onze salariés, est édifiante des difficultés que pose ce mode de conclusion, eu égard tant à la confidentialité qu'à la démarche plébiscitaire* »<sup>21</sup>. En effet, selon l'auteur, « *outre le défaut de procès-verbal de la consultation dans 7 cas sur 11, alors qu'il doit être annexé à l'accord lors du dépôt (C. trav., art. R. 2232-10), les difficultés sont nombreuses : la confidentialité du vote est-elle assurée*

<sup>16</sup> Comité européen des droits sociaux, [Conclusions XX-3 \(2014\)](#) – Espagne - Article 6§2.

<sup>17</sup> F. Rosa, *Op. cit.*, p. 453.

<sup>18</sup> Par exemple, B.F INVESTISSEMENT, « Accord collectif relatif au contingent annuel d'heures supplémentaires » du 14 février 2020.

<sup>19</sup> Par exemple, Société Soleil des Collines, « Accord d'entreprise portant sur la durée et l'aménagement du temps de travail » du 6 janvier 2020 ; B.F INVESTISSEMENT, « Accord collectif relatif au contingent annuel d'heures supplémentaires » du 14 février 2020.

<sup>20</sup> F. Rosa, *Op. cit.*, p. 453.

<sup>21</sup> H. Cavat, « Les accords de performance collective », *Revue de droit du travail*, 2020, p. 165.

*quand seuls trois salariés votent, en l'espèce deux pour et un contre ? Quand ils sont tous trois membres du bureau de vote ? Un membre de la direction peut-il être signataire du procès-verbal alors que l'employeur doit être absent ? Un « salarié témoin » le peut-il ? Est-il raisonnable qu'un scrutin dure en tout 19 minutes ou que la question soumise à la consultation, dont l'employeur a la charge, se résume à « choix » ? »<sup>22</sup>.*

53. De plus, si l'on considère qu'il y a eu négociation telle que l'entend le Gouvernement, au regard de ce que nous avons pu démontrer précédemment (voir §21 et §36 sur l'absence de protection des salariés), aucune protection particulière des salariés (qu'ils votent pour ou contre le projet d'accord) contre d'éventuelles représailles n'est prévue, à la différence de ce qui est prévu pour le délégué syndical ou le représentant des salariés.

54. Dès lors, il ressort de l'ensemble de ces éléments que le dispositif de ratification du projet d'accord aux deux tiers des salariés vise à renforcer le pouvoir unilatéral de l'employeur au détriment de la promotion de la négociation collective puisqu'un tel dispositif est par nature dépourvu de négociation au sens de l'article 6§2 de la Charte.

### **C. Sur l'entrave faite aux organisations syndicales souhaitant s'implanter dans les petites entreprises**

55. Les règles de calcul de franchissement du seuil de 11 salariés à partir duquel il est légalement possible de mettre en place un Comité social et économique (ci-après « CSE ») dans l'entreprise ont été modifiées à l'occasion de la même réforme que celle qui a consacré l'existence du « référendum patronal ». Depuis, le seuil de 11 salariés doit avoir été atteint « pendant 12 mois consécutifs » et non plus « pendant 12 mois consécutifs ou non sur les 3 dernières années ». Tel que la CFDT l'a précisé dans sa réclamation collective initiale, cette modification n'a eu pour seule conséquence que de faire obstacle à l'implantation de la représentation du personnel, en particulier dans les petites entreprises ayant un effectif proche de 11 salariés.

56. Dans ses observations, le Gouvernement français prétend qu'une telle évolution ne visait qu'« à éviter que les variations d'effectifs ne se traduisent par un changement brusque et une instabilité des dispositions applicables en matière d'instance représentative du personnel pour les entreprises » (§63 du mémoire du Gouvernement). C'est pourtant au résultat inverse qu'elle a abouti. Calculer le niveau d'effectif en se référant aux « 12 mois consécutifs ou non sur les 3 dernières années » avait justement pour vertu d'éviter que les variations d'effectifs ne se traduisent par un brusque changement. Prenons un exemple pour bien comprendre : celui d'une entreprise dont l'effectif est à 11,5 salariés équivalent temps plein depuis 11 mois. Le 12ème mois, l'un de ses salariés part à la retraite et il n'est remplacé que le mois suivant. Dans le système ancien, le déclenchement du droit au CSE n'aurait été retardé que d'un mois. Dans le système actuel, le compteur est remis à zéro et les salariés doivent patienter encore au moins un an. Ici donc, une très légère variation d'effectif aura généré un brusque changement. Au final, le nouveau comptage des seuils d'effectif n'a qu'un seul effet : celui de rendre plus compliqué le franchissement du seuil de 11 salariés.

57. Par ailleurs, le Gouvernement français précise dans ses écritures que « l'absence de représentant élu ne résulte pas d'une absence d'incitation de l'employeur de rechercher un interlocuteur, mais de l'absence de candidat aux élections » (§65 du mémoire du Gouvernement).

---

<sup>22</sup> H. Cavat, *Op. cit.*, note 13.

58. Or, pour la CFDT, l'ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017<sup>23</sup> a clairement dressé un obstacle au déclenchement du processus électoral et ce uniquement dans les entreprises ayant un effectif compris entre 11 et 20 salariés. Depuis cette date, l'article L. 2314-5 alinéa 5 du Code du travail précise en effet que dans ces entreprises, et « *par dérogation [...]* » au droit commun, « *l'employeur invite les organisations syndicales [...] à* » la négociation du protocole d'accord préélectoral qu'« à la condition qu'au moins un salarié se soit porté candidat aux élections dans un délai de trente jours » suivant le déclenchement du processus électoral. En d'autres termes, dans les entreprises où il est objectivement constaté une plus grande difficulté à faire émerger des candidatures. En effet, la loi vient rendre plus drastiques qu'ailleurs les conditions de déclenchement du processus électoral. Curieuse façon d'inciter à l'implantation de la représentation du personnel dans ces petites entreprises. Puisque les concernant, pour que le processus électoral aille à son terme, il est exigé qu'une candidature y émerge, avant même que le protocole d'accord préélectoral ne soit conclu, alors que c'est précisément au protocole d'accord préélectoral qu'il appartient de définir les conditions de présentation des candidatures.

59. Au vu de ces éléments, le Gouvernement ne justifie pas en quoi les nouvelles règles permettent une meilleure implantation des organisations syndicales dans les petites entreprises.

#### **D. Sur le caractère particulièrement préjudiciable du dispositif pour les droits des salariés**

60. Dans sa réclamation collective initiale, la CFDT déplore que les « *accords* » soumis à référendum soient le plus souvent préjudiciables aux travailleurs en ce qu'ils conduisent à l'adoption d'« *accords* » réduisant les droits des salariés sans réelles contreparties de la part de l'employeur. C'est le cas par exemple des accords de performance collective (ci-après « APC »).

61. Pour rappel, l'ordonnance du 22 décembre 2017 consacre la primauté des APC 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. Ces accords peuvent porter sur l'ensemble des thèmes soumis à dérogation par le Code du travail. Le salarié qui refuse la modification de son contrat peut alors être licencié. Plusieurs exemples d'accords (APC ou non) cités dans la réclamation collective initiale illustrent la réduction des droits des travailleurs.

62. D'ailleurs, une étude de la DARES portant sur « *le dialogue social dans les très petites entreprises en 2018* » datant de septembre 2020 (voir pièce en annexe) confirme notre analyse. Il est important de souligner que la DARES est un organisme d'études et de statistiques qui dépend du Ministère du Travail. L'étude affirme notamment que « *un tiers des 223 accords traitant des heures supplémentaires dans les TPE visent à réduire la majoration salariale prévue par le Code du travail : la plupart ramènent le taux de majoration à 10%, cinq à 15%, deux à 12% et deux à 20%, pour les premières heures ou pour la totalité. Par ailleurs 16% des accords (soit 38) portent le contingent d'heures supplémentaires au-delà de 350 heures, dans une fourchette allant de 360 à 600 heures annuelles. Les autres textes définissent souvent les heures supplémentaires, et s'en tiennent aux dispositions supplétives prévoyant un taux de majoration de 25% lorsqu'ils le mentionnent* ». Pour ce qui concerne les

---

<sup>23</sup> Ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales.

accords traitant des salaires et surtout des primes, l'étude affirme que « *les dispositions qui améliorent l'existant y sont rares* »<sup>24</sup>.

63. Pour rappel, la plupart des aménagements du temps de travail – principal thème abordé par les « *accords* » soumis à ratification aux deux tiers des salariés<sup>25</sup> – 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 et donc être négociés par des représentants syndicaux, afin d'assurer des garanties et des contreparties effectives pour les travailleurs.

64. A l'occasion du dernier comité de suivi des ordonnances auquel les partenaires sociaux participent, il a été rapporté qu'au 1<sup>er</sup> décembre 2020 : 573 accords ont la « *nature* » d'un APC et que 7% (comme en 2019) sont signés par ratification aux deux tiers des salariés. Cette proportion n'est, à notre sens, pas négligeable.

65. De son côté, le Gouvernement apporte une réponse à notre constat des plus surprenante. En effet, il précise dans son mémoire qu'« *on dénombrait, fin décembre 2019, 297 APC conclus depuis l'introduction du dispositif, parmi lesquels seulement 21 conclus par consultation (soit 7 % de ces accords), dont 19 dans des entreprises de moins de onze salariés. Ces chiffres sont à comparer avec celui de 22 370 accords conclus par consultation et 13 940 accords conclus dans les entreprises de moins de onze salariés en 2019 (source : bilan de la négociation collective 2019)* » (§72 du mémoire du Gouvernement). Et que « *l'adoption d'accords de performance collective par consultation des salariés dans les petites entreprises reste donc un évènement rare au regard du dynamisme de la négociation collective* » (§73 du mémoire du Gouvernement).

66. Il est curieux d'affirmer, pour le Gouvernement, que la rareté des APC conclus par ratification aux deux tiers des salariés minimise le fait qu'ils réduisent les droits des salariés. En outre, le nombre d'accords conclus dans les entreprises de moins de onze salariés en 2019 (13 940), ne reflète pas la réalité. En effet, 77% de ces « *accords* » sont en fait des « *accords* » portant sur l'épargne salariale. En réalité, hors épargne salariale, 3210 « *accords* » ont été conclus dans les entreprises de moins de 11 salariés<sup>26</sup>. Aussi, la conclusion des APC par ratification aux deux tiers des salariés en comparaison au nombre d'accords d'entreprises signés selon les mêmes modalités ne représente donc pas « *un évènement rare* », d'autant que l'on peut s'attendre à une augmentation importante du nombre d'APC conclus en raison de la crise sanitaire actuelle.

67. Dans son mémoire, le Gouvernement ne justifie d'ailleurs pas le bien-fondé de ses propos en rapportant des exemples d'accords (APC ou non) qui démontrent de réelles contreparties et qui ont véritablement fait l'objet d'une négociation avec les salariés.

68. C'est pourquoi, dans le cadre de sa réplique, la CFDT souhaite une nouvelle fois apporter la démonstration que ce mode de conclusion des « *accords* » conduit, certes pas systématiquement, mais dans la plus grande majorité des cas, à réduire les droits des salariés. Aussi, nous soumettons au Comité une analyse de l'ensemble des « *accords* » ratifiés à la majorité des deux tiers des salariés – hors épargne salariale et hors prime exceptionnelle de pouvoir d'achat – et publiés sur le site internet officiel Légifrance après l'enregistrement de la

---

<sup>24</sup> Voir Focus « Les textes ratifiés à la majorité des deux tiers des salariés dans les TPE en 2018 par Catherine Daniel » de l'étude de la DARES de septembre 2020.

<sup>25</sup> Voir, Bilan 2019 de la négociation collective, p. 223 - [https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/bnc2019\\_web.pdf](https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/bnc2019_web.pdf)

<sup>26</sup> Voir, Bilan 2019 de la négociation collective, p. 222 - [https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/bnc2019\\_web.pdf](https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/bnc2019_web.pdf)

réclamation collective et avant le début de la pandémie liée au Covid 19<sup>27</sup>, soit deux mois : janvier et février 2020. Ainsi, sur cette période, nous dénombrons 60 « accords » conclus par ratification à la majorité des deux tiers des salariés (voir tableau en annexe) que la CFDT a tous analysés.

69. Dans un premier temps, l'analyse de ces accords permet de présenter les observations générales suivantes :

- Dans la plupart des accords, le préambule reflète le point de vue de l'employeur et non le fait que l'accord découle de la volonté des parties ;
- Quelques accords énoncent qu'ils « *se substitue[nt]* à tous les accords et usages antérieurs en vigueur dans l'entreprise ayant le même objet » ou « *annule[nt]* et *remplace[nt]* » toutes les dispositions appliquées jusqu'à son entrée en vigueur (accords collectifs et atypiques, usages, engagements unilatéraux applicables dans l'entreprise, application volontaire d'une convention collective nationale) ;
- La très grande majorité des accords ne prévoit pas de réelles contreparties, ou si ces contreparties existent, elles ne correspondent qu'au minimum légal ou conventionnel de branche, ou se trouvent être disproportionnées. À cet égard, il est important de relever que les « accords » ne font pas clairement apparaître les dispositions minimales prévues par le Code du travail ou par la convention collective de branche, ce qui est trompeur et peut laisser penser aux salariés que des contreparties ont été introduites par l'accord alors que celles-ci sont tout simplement déjà applicables ou rendues obligatoires par le Code du travail ou par un accord de branche. De plus, le fait de ne pas toujours faire référence à ce que prévoit l'accord de branche pose une autre difficulté : l'accord ratifié aux deux tiers des salariés peut au même titre qu'un accord d'entreprise classique, déroger dans certaines matières défavorablement aux dispositions conventionnelles de branche. En conséquence, cela ne permet pas aux salariés d'avoir une totale visibilité des contreparties qui préexistaient et qui ont pu être réduites voire supprimées par l'« accord » ratifié.
- Certains « accords » se trouvent être des textes longs et complexes regroupant une variété de thématiques qui peuvent ne pas être aisément comprises des salariés. Le délai de réflexion entre la présentation du projet d'accord par l'employeur et l'organisation du vote pouvant être de seulement 15 jours, il est difficile en pratique de recueillir un avis et un conseil éclairés dans un délai si court (voir nos développements précédents §40).
- La rédaction de certains « accords » est parfois confuse ce qui peut être source de contentieux pour l'employeur.

70. Dans un second temps, il convient d'attirer l'attention du Comité quant à certains « accords » qui réduisent les droits des salariés :

- De nombreux « accords » qui portent sur le contingent annuel d'heures supplémentaires augmentent le plafond de ce contingent prévu par le Code du travail, lequel s'applique à défaut d'accord<sup>28</sup>. À l'inverse, les accords de branches abaissent

---

<sup>27</sup> En effet, suite à la crise sanitaire et au premier confinement, le Gouvernement a pris des mesures d'urgence permettant notamment aux entreprises de négocier et conclure des accords portant sur le temps de travail de manière dérogatoire par rapport aux dispositions du Code du travail et aux dispositions conventionnelles applicables. Les inclure dans notre échantillon d'accords aurait biaisé l'analyse.

<sup>28</sup> Par exemple : Accord de la Société CLICT SUN EXPRESS, Accord de la Société B.F. INVESTISSEMENT ; Accord de la société Alexandre Deschamps ; Accord de la Société BTP WEREY ; Accord de la Société HOLDING IRIS ; Accord de la Société d'exploitation de chauffage TINE ; Accord

quasi systématiquement ce plafond. Par exemple, un « accord » prévoit un contingent annuel d'heures supplémentaires de 468 heures voire 604 heures<sup>29</sup>, alors que l'accord de branche fixe le contingent annuel à 195 heures. Il faut savoir que ce n'est que lorsque l'heure supplémentaire est effectuée au-delà de ce plafond, qu'une contrepartie en repos doit obligatoirement être accordée au salarié en plus de la contrepartie due au titre de la réalisation de l'heure supplémentaire (majoration salariale ou repos compensateur équivalent). En conséquence, augmenter ce contingent d'heures supplémentaires revient mécaniquement à reporter d'autant, ce droit à repos obligatoire, ce qui est susceptible de porter atteinte à la santé et la sécurité du travailleur. Par ailleurs, en pratique, si sur une année l'employeur venait à utiliser la totalité du contingent de 604 heures, cela reviendrait pour le salarié à réaliser sur cette même année des semaines de 48 heures<sup>30</sup>. Par conséquent, cela contreviendrait tant au droit français<sup>31</sup> qu'au droit européen<sup>32</sup>, lequel a pour objectif de protéger la santé et la sécurité du travailleur.

- Pour ce qui concerne la rémunération des heures supplémentaires : elles sont rémunérées la plupart du temps avec une majoration réduite à 10%<sup>33</sup> tel que le permet le Code du travail en cas d'accord collectif. Au mieux, ces heures supplémentaires sont rémunérées avec une majoration de 25% comme le prévoit le Code du travail à défaut d'accord collectif<sup>34</sup>, ce qui correspond à la majoration minimale imposée par le Code du travail lorsqu'il n'y a pas d'accord collectif. Mais ces heures supplémentaires sont rarement rémunérées au-delà de ce que prévoit le Code du travail en cas d'absence d'accord collectif (c'est-à-dire au-delà de 25% pour les 8 premières heures et 50% pour les heures suivantes).
- Des « accords » prévoient que la durée de repos quotidien peut être réduite jusqu'à 9 heures<sup>35</sup>, ce qui constitue le repos minimal en deçà duquel un accord collectif ne peut pas descendre ;
- Un « accord » passe de 10 heures à 12 heures la durée quotidienne maximale de travail, limite à 9 heures le temps de repos quotidien dans certains cas, fixe le contingent annuel d'heures supplémentaires à 550 heures, met en place un repos compensateur équivalent, mais laisse à l'employeur le pouvoir de décider la nature de la compensation (repos compensateur ou majoration salariale), met en place le forfait jours à 218 jours avec la possibilité pour le salarié de renoncer à des jours de repos pour travailler jusqu'à 250 jours, majorés seulement à 10% comme le permet le Code

---

de la Société VEDIACOM ; Accord de la Société BATIFER ; Accord de la Société SCHLANG & REICHART.

<sup>29</sup> Accord de la Société CLICT SUN EXPRESS.

<sup>30</sup> C'est-à-dire 604 heures supplémentaires/47 semaines travaillées sur l'année = 12,85 heures supplémentaires par semaine qui s'ajoutent aux 35 heures hebdomadaires. Soit au total, près de 48 heures de travail par semaine.

<sup>31</sup> Articles L. 3121-22, L. 3121-23, L. 3121-25 du Code du travail.

<sup>32</sup> Notamment les articles 6 et 16 b) de la directive 2003/88 sur le temps de travail et l'article 2§1 de la Charte sociale européenne révisée.

<sup>33</sup> Accord de l'association N INSERTION ; SARL HOSTELLERIE DU KANDAHAR ; IFM INTERGROUPE FRANCOPHONE DU MYÉLOME ; Accord de la société ASTRID ; Accord de la Société PONT AVEN GESTION SENIOR ; Accord de la société LES ALLEES DE POURTALES ; Accord de la société RESIDENCE SCAMARONI SENIOR ; Accord de la société SARL de Negrepelisse 82 ; Accord RESIDENCE FOCH SENIOR.

<sup>34</sup> Accord EARL DESPAIGNET ; Accord SELARL DU DOCTEUR ALAIN LE BRETON ; Accord SELARL CFD.

<sup>35</sup> Accord de la Société SIGNE ; Accord GROUPEMENT D'EMPLOYEURS TRIANGLE ; Accord HOSTELLERIE DU KANDAHAR ;

du travail<sup>36</sup>. L'ensemble de ces mesures, d'autant plus lorsqu'elles se cumulent, conduisent à porter gravement atteinte au droit à la santé et à la sécurité des salariés.

- Certains « *accords* » qui mettent en place le forfait-jours prévoient la possibilité pour le salarié de renoncer à des jours de repos pour travailler, avec une majoration de 10% seulement, comme le prévoit le Code du travail<sup>37</sup>.
- Des accords prévoient que le respect du droit à la déconnexion ne relève que de la responsabilité du salarié, alors que la mise en œuvre de ce droit relève avant tout de la responsabilité de l'employeur voire des managers<sup>38</sup>.

71. La CFDT a également pu relever des accords qui contreviennent aux dispositions du Code du travail :

- Sur la mise en place du forfait-jours : un « *accord* » prévoit que le salarié en forfait-jours est soumis aux horaires collectifs de travail et doit impérativement être présent entre 9h et 17h, ce qui contrevient aux conditions de la mise en place du forfait jours qui implique précisément l'autonomie du salarié dans l'organisation de son travail<sup>39</sup>.
- Sur le travail de nuit : un « *accord* » prévoit que la contrepartie relève du choix du salarié (soit un repos compensateur égal à une fois et demi le temps effectué, soit une majoration de salaire de 50%)<sup>40</sup> alors que les articles L. 3122-8 et L3122-15, 3° du Code du travail énoncent que la compensation salariale s'ajoute au repos compensateur, mais ne peut pas se substituer à lui.
- Sur la mise en place d'un aménagement du temps de travail sur l'année : plusieurs « *accords* » autorisent une amplitude de variation de la durée du travail comprise entre 0h et 48h, sans fixer de limite haute au-delà de laquelle les heures effectuées seront des heures supplémentaires rémunérées en cours de mois<sup>41</sup>. De tels accords excluent pratiquement toute possibilité pour un salarié de se voir décompter, et par conséquent payer, des heures supplémentaires en cours de période de référence. En effet, aux termes de l'article D.3121-25 du Code du travail qui renvoie à l'aménagement du temps de travail par la négociation collective, sont en principe des heures supplémentaires, les heures effectuées au-delà de 39 heures par semaine.
- Un « *accord* » prévoit que dans le cadre de la mise en place d'un aménagement du temps de travail sur l'année, les salariés qui n'ont pas pu prendre leurs congés dans la période de référence ou ne disposent pas d'un droit complet à congé, verront le seuil de 1607 heures augmenté d'autant<sup>42</sup>. Ce n'est qu'au-delà de ce seuil que les heures effectuées constitueront des heures supplémentaires. Cette mesure est illégale en raison de l'article L.3121-41 du Code du travail et de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation du 14 novembre 2013, n°11.17-644.
- Un « *accord* » prévoit, dans le cadre d'un aménagement du temps de travail, la possibilité pour l'employeur de modifier le planning avec un délai de prévenance de 3 jours (sachant que l'article L. 3121-42 du Code du travail prévoit un "délai raisonnable"

<sup>36</sup> Accord de la Société SIGNE.

<sup>37</sup> Par exemple, Accord de la Société CADEGAU ; Accord de la SELARL DU DOCTEUR ALAIN LE BRETON ; Accord de la société TWELVE APP ; Accord de la société FOYER DU MONT BLANC ; Accord de la Société SIGNE ; Accord de la société CENTRE D'OPHTALMOLOGIE DU DAUPHINE ; Accord EVALLY PROMOTION.

<sup>38</sup> Accord de la société Foyer du Mont blanc ; Accord de la société SKY VALET France.

<sup>39</sup> Accord de la Société ASTRID.

<sup>40</sup> Accord de la Société LE SOLEIL DES COLLINES.

<sup>41</sup> Par exemple, Accord de la Société N'INSERTION ; Accord de la Société LE SOLEIL DES COLLINES.

<sup>42</sup> Accord Société N INSERTION.

fixé à 7 jours en l'absence d'accord (art. L3121-47 code du travail)). Ce délai passe de 3 à 1 jour « *en cas de situations imprévues ou contraintes particulières affectant de manière non prévisible le fonctionnement de la société* ». L'accord définit une liste non limitative de ces « *cas d'urgence* » pouvant être : « *contraintes climatiques, travaux exceptionnels, pouvoir au remplacement d'un salarié absent, commandes exceptionnelles* »<sup>43</sup>. Cette liste non limitative peut conduire à des dérives, d'autant plus si la détermination des cas d'urgence est laissée à la libre appréciation de l'employeur.

- Six « *accords* » qui s'apparentent à de véritables conventions collectives (car ils traitent d'un ensemble de thématiques) dérogent aux durées maximales de travail et de repos dans toutes les limites autorisées pour la négociation collective : 46h en moyenne par semaine (contre 44h à défaut d'accord collectif), 12h par jour (contre 10h sans accord). Or, s'agissant de cette dernière dérogation, celle-ci ne doit pas être automatique et n'est possible que dans certains cas prévus par l'article L. 3121-19 du Code du travail, c'est-à-dire « *en cas d'activité accrue ou pour des motifs liés à l'organisation de l'entreprise, à condition que ce dépassement n'ait pas pour effet de porter cette durée à plus de douze heures* »<sup>44</sup>.

72. Enfin, concernant le suivi de ces « *accords* » ratifiés à la majorité des deux tiers, il faut souligner que depuis 2017, dans chaque département, un observatoire d'analyse et d'appui au dialogue social et à la négociation a été mis en place pour les entreprises de moins de 50 salariés du département<sup>45</sup>. L'objectif affiché ici par le Gouvernement était de favoriser et d'encourager le développement du dialogue social et de la négociation collective dans ces entreprises qui sont la plupart du temps dépourvues de présence syndicale. La CFDT avait alors alerté sur le fait que cet observatoire devait absolument permettre de prendre connaissance des accords d'entreprise mis en place sans lien avec une organisation syndicale. Nous faisons le constat aujourd'hui que ce n'est clairement pas le cas. Pourtant, au regard de nos préoccupations, il nous paraît fondamental que ces « *accords* » puissent être suivis de près. Le Gouvernement a une responsabilité à jouer vis-à-vis des partenaires sociaux sur la transparence et la communication de ces « *accords* » qui ont un réel impact sur les salariés.

---

<sup>43</sup> Accord de la Société LE SOLEIL DES COLLINES.

<sup>44</sup> Accord de la Société PONT AVEN GESTION SENIOR ; Accord de la société LES ALLEES DE POURTALES ; Accord de la société LES ALLEES DE POURTALES-ROTONDE ; Accord de la société RESIDENCE SCAMARONI SENIOR ; accord de la SARL de Negrepelisse 82 ; accord de la société RESIDENCE FOCH SENIOR.

<sup>45</sup> Art. L.2234-4 à L. 2234-7 du Code du travail.

### III. CONCLUSION GÉNÉRALE

73. L'ensemble des éléments et des arguments présentés dans la présente réplique démontrent en quoi les articles L. 2232-21, L. 2232- 22, L. 2232-22-1 et L. 2232-23 du Code du travail permettent de contourner la négociation collective avec les représentants syndicaux et portent atteinte au droit de la négociation collective garanti par les normes internationales précitées, et plus particulièrement par l'article 6§2 de la Charte. Par conséquent, pour la CFDT, la France méconnaît les engagements énoncés à l'article 6§2 de la Charte.



**Laurent BERGER**

**Secrétaire Général de la CFDT**

## PIÈCES À L'APPUI DES PRÉTENTIONS DE LA CFDT

- Pièce n°1 : Tableau d'analyse de la CFDT de 60 accords adoptés par ratification à la majorité des deux tiers des salariés sur janvier et février 2020.
- Pièce n° 2 : Etude de la DARES de septembre 2020 n° 030, « Le dialogue social dans les très petites entreprises en 2018 ».
- Pièce n°3 : Article de Fabrice ROSA, « La "négociation" dans les petites entreprises et les normes internationales », *Droit ouvrier*, n° 840, Juillet 2018, p. 450.
- Pièce n°4 : Article de Yann LEROY, « La négociation collective sans négociation : coup de maître ou hérésie ? », *Droit social*, 2020, p. 854.
- Pièce n°5 : Article de Marie-Laure MORIN, « Derrière "le pragmatisme" des ordonnances, la perversion des droits fondamentaux du travail, *Droit ouvrier*, Octobre 2017, n°831, p. 590.
- Pièce n° 6 : Article de Hélène CAVAT, « Les accords de performance collective », *Revue de droit du travail*, 2020, p. 165.