

DIALAURA

*Le dialogue social dans les entreprises en région Auvergne-Rhône-Alpes :
évaluation de l'impact des ordonnances du 22 septembre 2017*

Rapport final

Analyse des accords obtenus par référendum dans
les TPE de la région Auvergne-Rhône-Alpes

Février 2022

Ce rapport a été cofinancé par France Stratégie dans le cadre d'un appel à projets de recherche réalisé pour le comité d'évaluation des ordonnances. Son contenu demeure sous la responsabilité des auteurs et n'engage ni France Stratégie ni le comité d'évaluation.

DIALAURA

*Le dialogue social dans les entreprises en région Auvergne-Rhône-Alpes :
évaluation de l'impact des ordonnances du 22 septembre 2017*

Rapport final

Analyse des accords obtenus par référendum dans les TPE de la région Auvergne-Rhône-Alpes

Février 2022

Ce rapport est le fruit d'un travail collectif mené par :

- Pierre-Emmanuel Berthier (MCF-HDR, Université Lyon 2 - CERCRID UMR 5137)
- Florence Fouvet (PR, Université Lyon 2 - CERCRID UMR 5137)
- Serge Frossard (MCF-HDR, Université Lyon 3 - CERCRID UMR 5137)
- Cécile Nicod (MCF, Université Lyon 2 - CERCRID UMR 5137, Coord.)
- Camille Percher (MCF Université Lyon 2 - CERCRID UMR 5137)
- Pascale Porcher-Stouvenel (MCF Université Lyon 2 - CERCRID UMR 5137)
- Nadia Rahou (Chercheure ANACT), avec l'appui d'Agathe Dodin (Doctorante CERCRID/ANACT).

Il constitue le premier axe de la recherche Dialaura « Le dialogue social dans les entreprises de la région Auvergne-Rhône-Alpes » (dir. C. Giraudet / C. Nicod)

Sommaire

SOMMAIRE	5
<hr/>	
PARTIE 1. LES ACCORDS D'ENTREPRISE CONCLUS DANS LES TPE DE LA REGION AURA : APPROCHE EMPIRIQUE	11
<hr/>	
I. PRESENTATION DU DISPOSITIF	11
II. DONNEES GENERALES SUR LE RECOURS AU REFERENDUM DANS LES TRES PETITES ENTREPRISES DE LA REGION AUVERGNE-RHONE-ALPES	29
III. SYNTHESE DES ANALYSES DES CORPUS D'ACCORDS	49
PARTIE 2. ÉTUDES DE CORPUS D'ACCORDS	67
<hr/>	
I. LES FORFAITS ANNUELS EN JOURS INSTITUES PAR LA VOIE DU REFERENDUM	69
II. ANALYSE DES ACCORDS SUR LES HEURES SUPPLEMENTAIRES	89
III. LE RECOURS AU REFERENDUM DANS LES TPE DU PAYSAGE	119
IV. LES ACCORDS DES TPE DU TRANSPORT SANITAIRE : LA QUESTION DES HEURES D'EQUIVALENCE	155
V. LES ACCORDS DE PERFORMANCE COLLECTIVE DANS LES TPE/PME DE LA REGION AURA	171
TABLE DES MATIERES	194
<hr/>	

La généralisation de la possibilité d'obtenir des accords collectifs portant sur l'ensemble des matières ouvertes à la négociation collective, par consultation directe des salariés dans les entreprises de moins de 20 salariés dépourvues de CSE, résulte de l'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017. Si le référendum était une modalité d'adoption d'accords déjà connue antérieurement pour l'adoption d'accords d'intéressement ou de participation, son extension à l'ensemble des matières ouvertes à la négociation collective marque une évolution profonde. L'appel à projet lancé par France Stratégie invitait à s'intéresser à ces nouvelles modalités de validation des accords, afin de déterminer quelles évolutions elles portaient, en particulier s'agissant des conditions du « dialogue » susceptible de s'engager dans l'entreprise à l'occasion de l'adoption de ces accords collectifs.

Seule des études de terrain auraient permis de mettre en lumière le contexte dans lequel ces accords sont conclus, de savoir à quel moment la question de leur adoption s'est posée, dans quel climat social, de voir comment ce sujet a été avancé, discuté, comment les échanges se sont construits et de s'intéresser au suivi de ces accords. Nul n'ignorait que ces études de terrain étaient dès le départ de la recherche difficiles à envisager. Par hypothèse, ces entreprises sont dépourvues de représentation syndicale, elles sont hors des « radars habituels ». Les identifier est déjà difficile, y entrer l'est encore davantage. L'appui à la recherche de l'Union des Entreprises de Proximité (U2P), initialement envisagé, aurait permis de lever certains écueils, mais le contexte sanitaire, conduisant à un premier confinement décidé dans les semaines qui ont suivi le démarrage de la recherche et suivi d'un second, a rendu impossible ces démarches de terrain. Aller à la rencontre des acteurs dans ces TPE fragilisées par le contexte sanitaire et ses répercussions économiques, dépourvues d'interlocuteurs institutionnels est devenu impossible dans les délais impartis.

La recherche s'est alors recentrée sur l'étude des accords d'entreprise. En effet, l'accord a un objet, l'analyse de cet objet contribue à dire ce que les entreprises en attendent. Plus largement, la recherche, basée sur l'examen des accords, donne à voir les usages du référendum pour ratifier des accords collectifs. Les accords collectifs explicitent leur objet, racontent le contexte dans lequel ils sont conclus, en précisent les objectifs. Ils peuvent aussi être resitués au regard des spécificités d'un secteur d'activité, au regard de problématiques particulières tenant à la nature de l'activité, à un cadre conventionnel de branche particulier, mais aussi à un contentieux récurrent sur certaines questions.

Ce rapport porte sur la production conventionnelle des TPE en région Auvergne-Rhône-Alpes dans les mois qui ont suivi l'entrée en vigueur de l'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017, par le moyen du recours au référendum. Les accords conclus selon des modalités alternatives autres (salariés mandatés, élus mandatés ou non mandatés) ne sont pas analysés, sauf dans quelques cas particuliers, afin de les mettre en perspective avec les accords référendaires. Partant d'une approche empirique, le rapport donne ainsi à voir quels ont été les usages du recours au référendum, dans une perspective de production normative. Ce résultat, l'accord d'entreprise obtenu à la suite d'un référendum, a pu être mis en lien avec d'autres données publiques (contentieuses, conventionnelles ou disponibles sur les sites internet des organisations patronales ou syndicales). Il a pu être l'objet d'échanges avec des acteurs sociaux, syndicaux ou patronaux. Le contexte de cette production conventionnelle n'est donc pas exclu de l'étude, mais il est apprécié de manière générale, au regard le plus souvent des spécificités d'un secteur d'activité. Ainsi, s'il a été possible d'apprécier quelques enjeux liés à l'articulation avec les conventions collectives de branche, l'étude ne rend pas compte du positionnement de tel ou tel acteur, qu'il soit syndical, patronal, employeur ou salarié.

L'étude ne rend pas davantage compte de situations singulières d'entreprise. Elle ne donne pas à voir les conditions dans lesquelles le processus de consultation des salariés a été conduit dans telle ou telle structure, elle ne livre rien des enjeux particuliers à telle ou telle structure employeur, l'ayant conduit au recours au référendum pour l'adoption d'un accord d'entreprise. L'étude ne porte pas sur le contexte d'adoption de tel ou tel accord, elle ne saisit que ce qui peut être saisi par des données publiques.

L'étude n'envisage pas davantage la mise en œuvre concrète d'un accord. En effet, un accord d'entreprise peut contenir des stipulations accordant des droits, contenant des prévisions

impératives (primes ou autres avantages) ou ouvrant des possibilités (de modulation du temps de travail, de recours aux forfaits en jours ou en heures, aux heures supplémentaires par exemple). Le passage de ce « possible » conventionnel à la réalité de sa mise en œuvre ne peut être saisi par la lecture des accords collectifs, y compris lorsqu'ils sont resitués dans un environnement conventionnel plus général. Enfin, l'étude ne donne pas à voir les pratiques, les régulations mises en œuvre en dehors du recours au dispositif ouvert par l'ordonnance du 22 septembre 2017 et de nature à répondre à des difficultés identifiées lors de l'examen et de l'analyse des accords.

C'est partant d'une approche empirique des accords d'entreprise conclus dans les TPE de la région Auvergne-Rhône-Alpes (Partie 1), qu'ont été réalisées monographies et analyses de corpus d'accords (Partie 2) afin de donner à voir quels ont pu être les usages du référendum tel qu'il est désormais envisagé par le droit du travail.

Ce rapport rend donc compte des usages du référendum pour adopter des accords d'entreprise en région AURA sur la période allant de janvier 2018 à août 2020. L'examen du contenu de la production conventionnelle est resitué, lorsque cela a été possible, dans le contexte conventionnel de branche ou le contexte contentieux. L'analyse des accords a été complétée par des recherches sur des données publiques et, parfois, des échanges avec les organisations patronales et syndicales de branche en vue d'obtenir un éclairage sur les spécificités sectorielles, non en vue de rendre compte de leur positionnement. Elle vise à mettre en lumière des usages, ou pour le moins, certains des usages du référendum pour produire des accords d'entreprise.

La présente version du rapport contient des références anonymisées. Ainsi, les accords collectifs étudiés ne sont référencés qu'au travers de leur numéro d'identification attribué lors du dépôt : T (11 numéros). Les dénominations des structures employeur signataires n'apparaissent pas. Les accords, à l'exception des APC, sont publics et accessibles sur Légifrance tant qu'ils sont en vigueur, à partir du numéro d'identification.

Partie 1. Les accords d'entreprise conclus dans les TPE de la région AURA : approche empirique

Permettre l'adoption d'un accord d'entreprise susceptible de porter sur l'ensemble du champ de la négociation collective par référendum résulte d'un dispositif particulier (I) largement mobilisé par les entreprises de la région AURA dans la période étudiée (II). L'analyse des accords d'entreprise dont il permet la production donne à voir des points de convergence forts (III).

I. Présentation du dispositif

Depuis le milieu des années 1990, le législateur rend possible la conclusion d'accords collectifs dans les entreprises dépourvues d'organisation syndicale représentative et donc de délégué syndical. Ces modes alternatifs de négociation ont fait l'objet de diverses réformes destinées à lever les freins à la conclusion d'accords collectifs. Sans revenir dans le détail sur les différents dispositifs, notons qu'à chaque fois, a été envisagée une négociation avec un acteur autre que le délégué syndical, ou bien un salarié mandaté par une organisation syndicale ou bien les élus dans l'entreprise. Dans ce mouvement d'ouverture, l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective apporte une nouveauté : celle du référendum.

Cette innovation concerne les plus petites structures. Le dispositif s'applique en effet dans les entreprises de moins de onze salariés ainsi que dans les entreprises de onze à vingt salariés, dépourvues de représentant du personnel. Il s'agit alors pour l'employeur, dans ces entreprises, d'élaborer lui-même puis de proposer aux salariés un projet d'accord qui, s'il recueille l'approbation des deux tiers, vaudra accord d'entreprise.

L'évaluation de l'impact de cette réforme requiert un préalable : celui de revenir sur les objectifs qu'elle poursuivait. Car ce rappel permet immédiatement de questionner la manière dont le recours au référendum s'inscrit comme réponse aux buts qui étaient assignés.

Le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance relative au renforcement de la négociation précise d'abord que la réforme entreprise « *fait ainsi le pari de la confiance et de l'intelligence collective des entreprises, des salariés et de leurs représentants, au premier rang desquels les organisations syndicales* ». Si la recherche ici menée ne peut saisir l'opportunité du pari qui est fait, elle peut en revanche souligner que le dispositif du référendum s'inscrit, précisément, en marge de l'action des organisations syndicales. À cela, le rapport apporte un éclairage, la réforme visant à « *apporter des solutions pragmatiques pour les très petites et moyennes entreprises* », ce qui suppose d'ailleurs que de telles solutions n'existaient pas, ce qu'il conviendra de vérifier. Selon le rapport, « *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. [...] 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* ». L'examen du dispositif finalement institué doit donc permettre d'apprécier comment ces conditions de « négociation » et de possibilités de « s'adresser aux organisations syndicales départementales » sont, ou non, assurées. C'est à ces premières questions que permet de répondre une présentation générale du référendum, tel qu'il est désormais encadré. Ce faisant, cette présentation donne aussi à voir ce que le dispositif rend aujourd'hui possible, soulevant ainsi d'autres interrogations auxquelles la recherche a pour but d'apporter un éclairage au regard des pratiques observées.

Pour mener cette présentation, trois points seront successivement abordés. Il s'agira d'abord de voir en quoi le référendum se singularise par rapport à d'autres techniques de sollicitation directe des salariés qui existaient déjà (A). Il s'agira ensuite de faire état de l'encadrement prévu par les textes qu'a introduit l'ordonnance, lequel est en définitive assez limité (B). Enfin, il conviendra de tirer les conséquences, sur le plan juridique de la qualification qu'opèrent les textes lorsqu'ils qualifient « accord d'entreprise » le document ratifié par les salariés (C).

A. La singularité du dispositif.

Selon les articles L. 2232-21 à L. 2232-23 du Code du travail, introduits par l'ordonnance du 22 septembre 2017 et modifiés par la loi de ratification du 29 mars 2018, « *dans les entreprises dépourvues de délégué syndical et dont l'effectif habituel est inférieur à onze salariés* », ainsi que « *dans les entreprises dont l'effectif habituel est compris entre onze et vingt salariés, en l'absence de membre élu de la délégation du personnel du comité social et économique* », « *l'employeur peut proposer un projet d'accord aux salariés, qui porte sur l'ensemble des thèmes ouverts à la négociation collective d'entreprise* » prévus par le Code du travail. « *Lorsque le projet d'accord [...] est ratifié à la majorité des deux tiers du personnel, il est considéré comme un accord d'entreprise valide* ».

Avant cette réforme, d'autres techniques référendaires, existaient déjà. Mais le nouveau dispositif va bien au-delà de leur généralisation et s'en démarque radicalement. Par l'ampleur du champ matériel qu'il couvre, il dépasse les techniques précédentes qui demeuraient ciblées (1). Plus encore, il ouvre à l'employeur des possibilités de dérogation à loi jusqu'alors inédites (2).

1. *Le dépassement de techniques référendaires ciblées.*

Le recours au référendum n'était pas, avant 2017, une technique inconnue. Mais elle demeurait circonscrite à des domaines où l'employeur soit pouvait tout aussi bien agir seul pour octroyer de mêmes avantages, soit devait soumettre sa décision à d'autres acteurs. Un panorama des techniques existantes permet d'éclairer sur les différences qui existent alors entre ces hypothèses précises, et le dispositif général et nouveau adopté en septembre 2017.

La technique référendaire a d'abord été consacrée pour la mise en place de systèmes de participation des salariés aux fruits de l'entreprise (lesquels visaient la réalisation de l'idée

d'association du capital et du travail¹ lancée par le général de Gaulle²). Afin d'en favoriser l'instauration dans les petites entreprises employant moins de cinquante salariés, l'ancien article L. 441-1 du Code du travail³ prévoyait en effet que « *l'association ou l'intéressement des travailleurs à l'entreprise [...] [pouvaient] également résulter de l'application d'un contrat proposé, après avis des délégués du personnel, s'il en existe, par le chef d'entreprise au personnel et ratifié à la majorité des deux tiers de celui-ci* ». Quoiqu'il ne soit plus question de « contrat », ni d'avis des représentants élus du personnel, le recours au référendum demeure aujourd'hui, dans les actuelles dispositions du Code du travail, comme possible mode d'adoption des accords d'intéressement⁴, des accords de participation⁵ ou des accords d'épargne salariale⁶. Cette technique de ratification est donc convoquée pour l'adoption de systèmes facultatifs⁷ destinés à procurer des avantages financiers aux salariés qui, faut-il le rappeler, pourraient être aussi mis en place par l'employeur unilatéralement⁸.

Le référendum apparaît ensuite avec la loi n° 94-678 du 8 août 1994 relative à la protection sociale complémentaire des salariés qui crée l'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale.

¹ V. J. SAVATIER, « Les accords collectifs d'intéressement et de participation », *Dr. Soc.* 1988. 89.

² Discours prononcé à Strasbourg, le 7 avril 1947 : « Faudra-t-il donc que nous demeurions dans cet état de malaise ruineux et exaspérant où les hommes qui travaillent ensemble à une même tâche opposent organiquement leurs intérêts et leurs sentiments ? Sommes-nous condamnés à osciller toujours douloureusement entre un système en vertu duquel les travailleurs seraient de simples instruments dans l'entreprise dont ils font partie et un autre qui écraserait tous et chacun, corps et âme, dans une odieuse machinerie totalitaire et bureaucratique ? Non ! La solution humaine, française, pratique de cette question qui domine tout n'est ni dans cet abaissement des uns, ni dans cette servitude de tous. Elle est dans l'association digne et féconde de ceux qui mettraient en commun, à l'intérieur d'une même entreprise, soit leur travail, soit leur technique, soit leurs biens, et qui devraient s'en partager, à visage découvert et en honnêtes actionnaires, les bénéfices et les risques ».

³ Dans sa rédaction issue de la Loi n°82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail.

⁴ Selon l'article L. 3312-5 C. trav., les accords d'intéressement peuvent être conclus selon différentes modalités, parmi lesquelles « la ratification, à la majorité des deux tiers du personnel, d'un projet d'accord proposé par l'employeur ».

⁵ L'article L. 3322-6 C. trav. prévoit « la ratification, à la majorité des deux tiers du personnel, d'un projet d'accord proposé par l'employeur » comme modalité de conclusion d'un accord de participation.

⁶ V. les articles L. 3332-3, L. 3333-2 et L. 3334-1 C. trav.

⁷ Seule la participation est obligatoirement mise en place, mais uniquement dans les entreprises employant habituellement au moins cinquante salariés (art. L. 3322-2 C. trav.).

⁸ Art. L. 3323-6 du Code du travail.

Selon ce texte, une protection sociale complémentaire des salariés peut être instituée par accord collectif, par décision unilatérale de l'employeur, ou bien encore, « *à la suite de la ratification à la majorité des intéressés d'un projet d'accord proposé par le chef d'entreprise* ». Là encore, la technique référendaire apparaît dans un domaine destiné à apporter de nouvelles garanties aux salariés et où l'employeur pourrait opter pour une autre voie et agir seul.

Le recours au référendum va acquérir une place nodale avec la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail. Cette loi prévoyait notamment de quelles manières les accords de passage aux 35 heures (qui ouvraient droit à des abattements de charges sociales) pouvaient être négociés dans toutes les entreprises, y compris celles dépourvues de délégué syndical. Ainsi, dans les entreprises de moins de onze salariés, la technique référendaire permettait-elle de pallier soit l'absence de convention ou d'accord de branche étendu fixant la durée de travail à 35 heures, soit l'absence de mandatement d'un salarié par une organisation syndicale représentative pour conclure l'accord de passage aux 35 heures. Dans ces cas, l'employeur pouvait proposer lui-même des modalités de passage aux 35 heures et les soumettre au vote des salariés. L'entreprise bénéficiait de l'allègement si le document était « *approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés et validé, lorsqu'elle existe, par une commission paritaire nationale de branche ou par une commission paritaire locale* »⁹. Pour la première fois, le référendum constituait une alternative à la représentation des salariés dans un domaine qui ne laissait par ailleurs, aucune place à la décision unilatérale de l'employeur. Pour autant, cette possibilité était cantonnée au passage aux 35 heures, sans que les salariés ne puissent être privés de quelconques avantages ou garanties.

Un autre cas de recours à la technique référendaire était enfin prévu par la loi n° 2009-974 du 10 août 2009 réaffirmant le principe du repos dominical et visant à adapter les dérogations à ce principe. La possibilité a en effet été admise d'impliquer directement le personnel dans la détermination des autorisations, décidées par le préfet, à déroger au repos dominical et des contreparties afférentes, accordées aux salariés concernés. En effet, selon l'article L.3132-25-3 du Code du travail, « *en l'absence d'accord collectif applicable, les autorisations sont accordées au vu d'une décision unilatérale de l'employeur, prise après avis du comité social et économique, s'il existe, approuvée par référendum organisé auprès des personnels*

⁹ Article 19 VIII de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail.

concernés par cette dérogation au repos dominical. La décision de l'employeur approuvée par référendum fixe les contreparties accordées aux salariés privés du repos dominical ainsi que les engagements pris en termes d'emploi ou en faveur de certains publics en difficulté ou de personnes handicapées. Dans ce cas, chaque salarié privé du repos du dimanche bénéficie d'un repos compensateur et perçoit pour ce jour de travail une rémunération au moins égale au double de la rémunération normalement due pour une durée équivalente ». La loi, si elle autorise donc le recours au référendum dans un domaine normalement couvert par la négociation collective, ne le fait pas sans garde-fou : au titre des contreparties qui doivent être prévues, elle impose notamment le bénéfice d'un repos compensateur et d'une rémunération doublée.

Ce panorama des techniques référendaires déjà à l'œuvre, avant l'ordonnance du 22 septembre 2017, éclaire un point : les cas de recours au référendum sont alors strictement circonscrits. Ils ciblent des domaines où il s'agit de définir, pour les salariés, certains avantages, certaines garanties, certaines contreparties. De plus, là où l'employeur ne peut agir seul (passage aux 35 heures, dérogation au repos dominical), le recours à la consultation des salariés n'est pas libre, il n'est possible qu'à défaut de convention collective ou de mandatement d'un salarié. Il reste assorti de l'intervention d'autres acteurs (décision du préfet, avis des représentants élus du personnel). Autant de points avec lesquels le référendum issu de l'ordonnance relative au renforcement de la négociation collective s'éloigne.

2. L'ouverture de dérogations inédites aux mains de l'employeur.

Dans les plus petites entreprises, l'ordonnance du 22 septembre 2017 ratifiée par la loi du 29 mars 2018, permet désormais à l'employeur de « *proposer un projet d'accord aux salariés, qui porte sur l'ensemble des thèmes ouverts à la négociation collective d'entreprise* » et qui, s'il « *est ratifié à la majorité des deux tiers du personnel* » sera « *considéré comme un accord d'entreprise valide* ». Ce dispositif est inédit. Par son objet extrêmement large, puisqu'il couvre tous les domaines ouverts à la négociation collective d'entreprise, il ouvre un espace de dérogation à la loi (a) permettant à l'employeur d'agir dans des matières où il ne pouvait

auparavant intervenir seul (b). L'ouverture vaste d'un champ des possibles à l'employeur n'était pas l'objet des dispositifs antérieurs.

a. Les possibilités de dérogations constituent tout l'enjeu de cette réforme. Le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective est en ce sens explicite : « *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* ». Or les textes finalement adoptés n'imposent cependant aucune discussion. Les salariés sont seulement invités à répondre par oui ou par non à l'adoption d'un texte élaboré par l'employeur, à qui est laissée la rédaction du projet d'accord. L'enjeu est alors de savoir quelles orientations le recours au référendum permet. Car s'il était question d'adopter des mesures octroyant seulement des avantages aux salariés, des garanties, des mesures leur créant de nouveaux droits, nul besoin d'y recourir. Le référendum n'est pas une technique utile, nécessaire pour accorder des avantages. La reconnaissance jurisprudentielle des engagements unilatéraux de l'employeur¹⁰ est pour cela suffisante. En revanche, aucune technique n'existait jusqu'alors pour permettre aux très petites entreprises de déroger à la loi avec autant de souplesse. Ce dispositif le permet dorénavant.

b. En visant un large objet, celui de « *l'ensemble des thèmes ouverts à la négociation collective d'entreprise* », le dispositif juridique du référendum permet à l'employeur de définir seul le contenu du projet d'accord, dans des domaines qui ne sont pas ouverts à l'exercice de son pouvoir unilatéral. Ce dernier a la possibilité de prendre seul l'initiative de mesures. Dans le processus référendaire, n'est pas prévue l'intervention ni de représentants élus du personnel, ni d'une autorité administrative. Le dispositif est même exclusif du recours au mandatement.

¹⁰ Soc. 4 avril 1990, Dr. Soc. 1990. 803, note J. SAVATIER ; J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 4e éd., 2008, n° 176 ; E. DOCKÈS, « L'engagement unilatéral de l'employeur », *Dr. Soc.* 1994. 227.

Rappelons à cet égard que selon le Rapport au Président de la République, la réforme visait à « *apporter des solutions pragmatiques pour les très petites et moyennes entreprises* ». Or, la solution du mandatement existait. En effet, dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, et lorsqu'aucune négociation avec un élu du personnel n'était possible (soit qu'aucun n'ait manifesté son souhait de négocier, soit qu'un procès-verbal de carence ait établi l'absence de représentant élu, soit que l'entreprise comptait moins de onze salariés), des accords d'entreprise pouvaient être négociés et conclus par un ou plusieurs salariés expressément mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche ou, à défaut, au niveau national et interprofessionnel. Le soutien, par la voie du mandatement, d'organisations syndicales représentatives est désormais exclu. Cette solution relève d'un choix de politique juridique auquel ne préparait pas le Rapport au Président de la République qui plaçait « au premier rang » les organisations syndicales. La technique du référendum laisse ainsi à l'employeur la possibilité d'élaborer, seul, des mesures dérogatoires quand, ailleurs, dans les entreprises de plus de vingt salariés, il serait tenu, pour les définir, de négocier avec des acteurs syndicaux, élus ou mandatés. En ouvrant le champ du référendum à tous les objets de la négociation d'entreprise, l'employeur peut soumettre aux salariés une rupture conventionnelle collective¹¹ (qui consiste à prévoir la suppression d'emploi en excluant tout licenciement). Il peut aussi élaborer un accord de performance collective¹² (qui permet la modification d'éléments du contrat de travail des salariés qui, s'ils refusent, pourront être licenciés). Il peut encore, et nous y reviendrons, écarter l'application des règles conventionnelles adoptées au niveau de la branche¹³, de manière simple, rapide, y compris sans négociation.

B. L'encadrement sommaire d'un dispositif de « ratification ».

L'ordonnance du 22 septembre 2017 relative au « renforcement de la négociation collective » fait du référendum un mode de conclusion d'un accord sans exiger l'ouverture d'une négociation. A cet égard, l'intitulé du paragraphe sous lequel les nouveaux articles L.

¹¹ Art. L. 1237-19 et suivants du C. trav.

¹² Art. L. 2254-2 C. trav.

¹³ Art. L. 2253-3 C. trav.

2232-21 à L. 2232-22-1 ont été insérés dans le Code du travail est explicite puisqu'il fait référence aux « *Modalités de ratification des accords dans les entreprises dont l'effectif habituel est inférieur à onze salariés* »¹⁴. Au sens commun, la ratification consiste en l'« *approbation de ce qui a été décidé, fait, promis précédemment, par d'autres* »¹⁵. Le dispositif référendaire introduit en 2017 répond donc bien à cette définition : les salariés sont invités à approuver ou désapprouver ce que l'employeur a décidé. Le dispositif ne garantit pas une négociation avec l'employeur.

Les textes législatifs et réglementaires encadrent les « modalités » de cette ratification. Leurs prévisions assurent un processus simple et rapide sans garanties particulières prévues pour les salariés. Cette observation vaut pour les règles relatives à la consultation des salariés (1), et aussi pour celles qui visent les possibilités de révision ou de dénonciation de l'accord (2).

1. La consultation des salariés.

Au stade de son élaboration, le droit autorise que le projet d'accord n'ait fait l'objet d'aucune négociation. Ainsi un employeur peut s'octroyer la maîtrise exclusive de sa rédaction. En l'absence de négociation, est donc mise à l'écart l'application des obligations d'information et de loyauté propre à ce processus de discussion et de confrontation des intérêts. Pour autant, au stade de la consultation des salariés sur le projet d'accord, la loi ne garantit pas aux salariés des moyens permettant à ceux-ci de comprendre, voire de mesurer l'ampleur des propositions qui leur sont faites, ainsi que leurs incidences sur leurs emplois. Il aurait pu s'agir d'informations directes, comme de prévisions d'un accompagnement par des organisations syndicales. La réforme n'a cependant rien envisagé en ce sens (a). Quant au déroulement en lui-même de la consultation, les textes en confient l'organisation à l'employeur. Dans le cadre

¹⁴ A titre de comparaison, les articles suivants sont, quant à eux, inscrits sous un paragraphe nommé « Modalités de *négociation* dans les entreprises dont l'effectif habituel est compris entre onze et cinquante salariés ». Par ailleurs, les dispositions réglementaires sont logées sous une subdivision intitulée « Dispositions relatives à l'*approbation* des accords par les salariés pour les entreprises dont l'effectif habituel est inférieur à onze salariés et dans les entreprises de onze à vingt salariés dépourvues de représentant élu au comité social et économique ».

¹⁵ V. le portail en ligne du Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales.

de cette recherche, ils donnent ainsi à observer la conformité des pratiques relevées avec les quelques prescriptions législatives et réglementaires qu'il s'agira ensuite de présenter (b).

a. Lorsque l'employeur décide de recourir au référendum, la seule garantie que la loi prévoit est celle d'une transmission à chaque salarié du projet d'accord, quinze jours au moins avant la consultation¹⁶. En dehors de cette communication individuelle, l'employeur n'est pas contraint de porter d'autres éléments à la connaissance ni des salariés, ni des organisations syndicales représentatives au niveau de la branche.

En effet, aucun texte n'oblige l'employeur à fournir aux salariés de quelconques éléments d'information ou de justification, expliquant les mesures soumises à leur ratification. Seul le projet est l'objet d'une obligation de communication. Le recours au référendum et l'encadrement de ce dernier contrastent alors avec les obligations d'information et de loyauté qui pèsent sur l'employeur lors d'une négociation collective, que celle-ci soit engagée avec des délégués syndicaux, avec des représentants élus ou avec des salariés mandatés. En d'autres termes, le référendum offre la possibilité aux employeurs, dans les plus petites structures, d'élaborer un projet d'accord et de le soumettre en l'état aux salariés, sans nul autre éclairage sur les dispositions conventionnelles que les éléments qui figurent dans les préambules. L'employeur n'est pas davantage tenu d'informer les salariés, au moment de leur communiquer le projet, qu'ils ont la possibilité de se rapprocher d'organisations syndicales représentatives¹⁷ au niveau de la branche, ou à défaut, au niveau national et interprofessionnel. Ce constat d'absence d'obligation légale est étonnant au regard des affirmations contenues dans le Rapport

¹⁶ L'article L. 2232-21 du Code du travail dispose en effet que « la consultation du personnel est organisée à l'issue d'un délai minimum de quinze jours courant à compter de la communication à chaque salarié du projet d'accord ».

¹⁷ L'article 13 de l'Ordonnance n°2017-1385 relative au renforcement de la négociation collective prévoit que « L'employeur informe chaque année, par tout moyen, de la disponibilité des adresses des organisations syndicales de salariés représentatives dans la branche dont relève l'entreprise sur le site du ministère du travail ». Mais cette obligation d'information n'est, temporellement, pas rattachée à la consultation des salariés. Par ailleurs, cette information consiste seulement en une indication faite aux salariés qu'ils peuvent utilement consulter le site du ministère pour y trouver eux-mêmes les adresses des organisations syndicales représentatives au niveau de la branche.

au Président de la République¹⁸. Ces organisations peuvent pourtant être en mesure d'accompagner les salariés, de leur fournir d'utiles indications et explications, de les informer et de les conseiller, au même titre qu'elles sont amenées à le faire lorsqu'elles mandatent des salariés chargés d'assurer des négociations collectives d'entreprise en l'absence de délégué syndical.

La mise à l'écart du support des forces syndicales se manifeste également par le fait que l'employeur n'est pas davantage tenu d'informer les organisations syndicales représentatives dans la branche. En effet, compte tenu des effets que pourrait avoir l'accord sur les avantages conventionnels prévus au niveau de la branche (point sur lequel nous reviendrons), une procédure d'information soit en amont de la consultation des salariés, soit en aval était concevable. Aucun dispositif juridique ne pose une telle obligation.

b. Les dispositions contenues dans le Code du travail, à propos du référendum concernent finalement les modalités pratiques de la consultation des salariés. Logées aux articles R. 2232-10 et suivants, elles prévoient que cette organisation matérielle incombe à l'employeur. Celle-ci englobe les modalités de transmission du texte de l'accord aux salariés, le lieu, la date et l'heure de la consultation, l'organisation et le déroulement de cette dernière, ainsi que la rédaction du texte de la question relative à l'approbation de l'accord soumise à la consultation des salariés. La détermination des modalités du référendum est donc laissée à l'employeur. Il doit cependant observer certaines prescriptions. Ainsi doit-il communiquer l'ensemble des modalités qu'il définit aux salariés, avec le texte du projet d'accord, quinze jours au moins avant la date de consultation. En outre, la consultation – dont les textes affirment que le caractère personnel et secret est garanti (ce qui n'est pas sans poser difficulté lorsque les effectifs sont très faibles) – doit se tenir pendant le temps de travail et en l'absence de l'employeur. Dès lors, les résultats de la consultation doivent être portés à la connaissance de ce dernier, à l'issue du référendum. L'employeur devra ensuite dresser un procès-verbal des résultats, dont il assurera la publicité dans l'entreprise par tout moyen, et annexer le procès-

¹⁸ Le Rapport affirmait en effet que les salariés « 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 ». Aucune règle n'a été adoptée pour assurer la mise en œuvre d'une telle possibilité.

verbal à l'accord approuvé lors de son dépôt sur la plateforme numérique Téléaccords. Enfin, les textes règlementaires donnent compétence au tribunal judiciaire pour trancher, en dernier ressort, les contestations relatives à la liste des salariés devant être consultés et à la régularité de la consultation. Le tribunal peut être saisi dans les quinze jours qui suivent le référendum.

Un document téléchargeable sur le site du Ministère du travail « Questions-Réponses / La négociation collective d'entreprise »¹⁹ vient apporter des précisions qui ne figurent pas dans les textes. Selon ce document édité par la Direction générale du travail, il revient aussi à l'employeur de « *fixer la liste des salariés consultés* », ajoutant que « *figurent dans [cette] liste [...], l'ensemble des salariés couverts par l'accord* ». En outre, le document indique que si la consultation a lieu en l'absence de l'employeur, c'est pour « *garantir aux salariés leur liberté de choix* ». Il en opère donc cette déduction : « *au cours de la consultation, c'est donc aux salariés eux-mêmes qu'il revient de s'assurer de la sincérité du scrutin* ». Enfin, cette fiche pratique ajoute que l'accord conclu « *n'est signé que par l'employeur. Les salariés, dont le secret du vote est garanti ne signent donc pas l'accord. C'est le procès-verbal, annexé à l'accord lors du dépôt sur la plateforme numérique Téléaccords, qui atteste de l'approbation des salariés* ».

Si les modalités de la consultation des salariés constituent en définitive le principal objet des dispositions du Code du travail relatives au référendum, l'analyse des différents accords de notre échantillon fera ressortir des pratiques qui s'écartent des prescriptions ici présentées.

2. La révision et la dénonciation de l'accord.

Un autre aspect est également encadré par le Code du travail. Il s'agit des modalités de révision et de dénonciation de l'accord ratifié par référendum. L'article L. 2232-22 du Code du travail admet que l'accord qui a été approuvé à la majorité des deux tiers des salariés puisse être révisé ou dénoncé. Ce sont d'ailleurs les seuls événements au cours de l'application de l'accord qui sont envisagés par les textes. La loi prévoit que cette révision ou cette dénonciation peut être opérée à l'initiative de l'employeur, comme à l'initiative des salariés. Dans l'un ou l'autre cas, ces opérations se déroulent « *dans les conditions prévues par l'accord* ». Ce n'est qu'« *à défaut de stipulation expresse* », que le régime de révision et de dénonciation des

¹⁹ V. en particulier la page 21 du document.

conventions collectives, prévu par les articles L. 2261-9 à L. 2261-13 du Code du travail, s'applique.

Cependant, l'article L. 2232-22 impose, en tout état de cause, deux conditions supplémentaires lorsque les salariés sont à l'initiative de la dénonciation. Le texte exige d'abord que « *les salariés représentant les deux tiers du personnel notifient collectivement et par écrit la dénonciation à l'employeur* » ; il ajoute ensuite que « *la dénonciation à l'initiative des salariés ne peut avoir lieu que pendant un délai d'un mois avant chaque date anniversaire de la conclusion de l'accord* ». Nul doute qu'il sera difficile pour les salariés, dont l'effectif est par définition réduit, de parvenir collectivement à s'entendre, à la majorité des deux tiers, pour dénoncer un accord, qui plus est à un mois de sa date anniversaire.

Une telle disposition, par ses prévisions impératives et précises, tranche avec l'ensemble du dispositif qui comporte un encadrement relatif, limité, assorti de peu d'obligations à la charge de l'employeur et, corrélativement, de peu de garanties pour les salariés. En outre, pareilles exigences semblent rendre difficiles, voire illusoirs, dans des structures qui comptent moins de vingt salariés, les possibilités pour ces derniers de réviser ou de dénoncer l'accord que la loi qualifie d'accord d'entreprise.

C. La qualification forcée d' « accord d'entreprise ».

Lorsque le projet d'accord est approuvé à la majorité des deux tiers du personnel, il est, selon la loi, « *considéré comme un accord d'entreprise valide* ». Ce forçage de qualification met à l'épreuve la conception traditionnelle du droit des salariés à la négociation collective en distordant ce droit fondamental (1). Il emporte surtout d'importantes conséquences pratiques liées au régime juridique de l'accord d'entreprise (2).

1. La mise à l'épreuve du droit des salariés à la négociation collective

En qualifiant le texte ratifié à la majorité des deux tiers d'« accord d'entreprise », la loi opère un choix qui ne s'imposait pas au regard d'autres dispositifs antérieurs (a). A partir de là, le droit à la négociation collective s'en trouve dévoyé (b).

a. Les techniques référendaires qui étaient à l'œuvre avant l'adoption du dispositif généralisé du référendum en 2017, montrent qu'il existait d'autres possibilités que celle de qualifier le projet ratifié d'« accord d'entreprise ». En effet, nous avons déjà relevé que l'ancien article L. 441-1 du Code du travail disposait que « *l'association ou l'intéressement des travailleurs à l'entreprise [...] [pouvaient] [...] résulter de l'application d'un contrat proposé, [...] par le chef d'entreprise au personnel et ratifié à la majorité des deux tiers de celui-ci* ». De même, l'article L. 3132-25-3 du Code du travail relatif à la fixation des contreparties accordées aux salariés privés du repos dominical vise « *une décision unilatérale de l'employeur prise après référendum* ».

L'ordonnance n°2017-1385 opère un autre choix. Tout en instituant un processus d'adoption de mesures dont l'initiative et la définition reviennent à l'employeur, elle admet que le projet ratifié à la majorité des deux tiers relève de la catégorie des accords d'entreprise. Tandis que cet accord n'a pourtant fait l'objet d'aucune négociation, c'est tout le droit de la négociation collective, réalisant le « *droit des salariés à la négociation collective* »²⁰ qui s'en trouve transformé.

b. Selon l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946, « *tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail* ». Quant à l'article L. 2221-1 du Code du travail, il reconnaît l'existence d'un « *droit des salariés à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que de leurs garanties sociales* ». Il ressort de chacun de ces textes que ce sont les travailleurs qui sont les titulaires du droit à la négociation collective. La lettre de l'article L. 2221-1 est claire et le Conseil Constitutionnel a affirmé que le principe de participation énoncé à l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 n'est reconnu qu'aux

²⁰ Art. L. 2221-1 du Code du travail : « *Le présent livre est relatif à la détermination des relations collectives entre employeurs et salariés. Il définit les règles suivant lesquelles s'exerce le droit des salariés à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que de leurs garanties sociales* ».

seuls travailleurs et non aux employeurs²¹. En admettant qu'une décision unilatérale de l'employeur, ratifiée par les salariés, accède à la qualification d'accord d'entreprise, l'ordonnance du 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective dénature le droit des salariés à cette dernière.

A cet égard, le Rapport au Président de la République est explicite : « *Le premier axe de cette réforme vise à apporter des solutions pragmatiques pour les très petites et moyennes entreprises [...]. La négociation sera désormais simple et accessible pour les entreprises de moins de 50 salariés [...]. Ce droit à la négociation des petites et moyennes entreprises sera universel : il portera sur tous les sujets ouverts à la négociation. 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* ». Par ces affirmations, le droit à la négociation collective change de titulaire. Il n'est plus celui des travailleurs, il est aussi celui des entreprises.

Pour autant, ces articles ont été validées par le Conseil constitutionnel²², au motif qu'ils ne « *méconnaissent ni le principe de participation des travailleurs, ni la liberté syndicale et qu'ils ne sont pas entachés d'incompétence négative* ». Le Conseil constitutionnel, après avoir rappelé que la détermination des principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical relevait de la compétence du législateur, a jugées suffisantes les garanties prévues. Il a considéré qu'il n'y avait pas atteinte à la « vocation naturelle » des organisations syndicales à assurer par la négociation la défense des droits et intérêts des travailleurs puisque le recours au référendum n'est ouvert qu'en l'absence de représentation syndicale, ou même élue, dans l'entreprise.

Formellement, le dispositif est donc légal et conforme à la Constitution. Il n'en résulte pas moins, si ce n'est une atteinte, une distorsion d'un droit fondamental garanti par la Constitution ainsi que par des normes internationales, qui emporte des conséquences pratiques importantes.

²¹ Cons. Const. Décision n° 2015-519 du 3 février 2016, QPC : « Le 8^{ème} alinéa, qui consacre un droit aux travailleurs par l'intermédiaire de leurs délégués, à la participation et à la détermination collective de leurs conditions de travail, ne confère aucun droit équivalent au bénéfice des employeurs ».

²² Cons. Const, Décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018.

2. Les conséquences pratiques de la qualification d'accord d'entreprise.

Qualifier l'accord ratifié par les salariés d'accord d'entreprise emporte plusieurs conséquences. Deux retiendront ici notre attention.

a. La première permet de resituer cette évolution normative, faisant du recours au référendum un mode de conclusion d'un accord d'entreprise, en perspective d'autres réformes majeures. Car les ordonnances du 22 septembre 2017, ratifiées par la loi du 29 mars 2018, parachèvent un mouvement d'effacement de la convention de branche au profit de la convention d'entreprise.

En effet, selon l'article L. 2253-3 du Code du travail, *« les stipulations de la convention d'entreprise prévalent sur celles ayant le même objet, prévues par la convention de branche »*. Peu importe qu'elles soient plus ou moins favorables. Des exceptions existent pour treize matières, définies par l'article L. 2253-1 du Code du travail, pour lesquelles la convention de branche prime sauf lorsque la convention d'entreprise assure des garanties au moins équivalentes. Pour quatre autres matières, définies par l'article L. 2253-2, la convention de branche prime à condition de l'avoir expressément stipulé, et sauf lorsque la convention d'entreprise assure des garanties au moins équivalentes. En recourant au référendum, l'employeur peut donc déjouer l'application de règles conventionnelles adoptées au niveau de la branche. En particulier, il peut proposer la suppression d'avantages puisque, nous l'avons vu, ce dispositif ne s'inscrit pas dans une perspective d'acquisition de droits nouveaux pour les salariés (ce que permettent les engagements unilatéraux de l'employeur). Le recours au référendum vise au contraire l'obtention de concession de la part des salariés. En effet, selon le Rapport au Président de la République, *« les très petites entreprises bénéficieront ainsi des mêmes souplesses, des mêmes capacités d'adaptation du droit, que les grandes entreprises »*.

C'est avec davantage d'acuité que l'on comprend alors les enjeux développés plus tôt quant à l'absence d'information des organisations syndicales représentatives au niveau de la branche, lorsqu'un projet d'accord est proposé, par voie de référendum, aux salariés d'une très petite entreprise. D'autant que si l'approbation des salariés n'est pas éclairée en amont, il leur sera

particulièrement difficile de contester ensuite le contenu de ce qui est devenu un accord d'entreprise.

b. Le Rapport au Président de la République précisait que *« afin de sécuriser les négociateurs et de les inciter à conclure des accords innovants au bénéfice des salariés et de l'entreprise, les accords collectifs bénéficieront d'une présomption de conformité à la loi »*. C'est ainsi que dans un chapitre du Code du travail relatif aux *« effets de l'application des conventions et accords »*, un nouvel article L. 2262-13 dispose qu'*« il appartient à celui qui conteste la légalité d'une convention ou d'un accord collectif de démontrer qu'il n'est pas conforme aux conditions légales qui le régissent »*. Le délai pour agir est alors de deux mois.

Cette présomption simple de conformité vise non seulement le contenu de l'accord, mais aussi ses conditions de validité et le déroulement de son adoption. Compte tenu de la qualification légale opérée à l'égard du texte ratifié par référendum, cette présomption joue également en ce domaine. Dès lors, le salarié qui entend contester la légalité de cet accord devra prouver ses allégations. Il n'est pourtant ni l'initiateur, ni l'auteur du texte. Il n'est pas non plus l'organisateur du référendum ayant conduit à son adoption. La qualification d'accord d'entreprise conduit pourtant à l'application du régime correspondant.

II. Données générales sur le recours au référendum dans les très petites entreprises de la région Auvergne-Rhône-Alpes

Le référendum est un moyen de consulter les salariés. Il s'inscrit dans un processus à chaque fois singulier, que ce rapport ne prétend pas décrire. Ce rapport repose en effet sur l'analyse des accords collectifs produits par la mise en œuvre de ce dispositif (A). De là, des observations générales ont pu être opérées (B), à partir desquelles le choix des corpus d'accords étudiés a été opéré (C).

A. Une analyse des accords collectifs ratifiés par référendum

Le travail d'étude des accords collectifs a été réalisé à partir d'une base d'accords fournie par la Dreets. Le Code du travail prévoit en effet qu'une fois les accords conclus, ceux-ci sont déposés, par la partie la plus diligente auprès des services du ministre chargé du travail sous forme numérique (C. trav. art. D. 2231-2). Le dépôt s'opère alors sur le portail « Téléaccords » et fait l'objet d'un traitement au niveau départemental au terme duquel l'accord est référencé et diffusé sur Légifrance²³. Ce travail ne s'accompagne pas d'un contrôle de la légalité des accords, la compétence en la matière étant réservée au seul juge.

C'est lors du dépôt sur la base que sont renseignés, par le déposant, un ensemble de renseignements concernant notamment le mode d'adoption, la qualité des signataires ou encore l'effectif de l'entreprise.

²³ Exception faite des hypothèses dans lesquelles le législateur garantit la confidentialité de l'accord, ce qui concerne les accords de performance collective notamment.

Certains renseignements, notamment le ou les thèmes de l'accord, doivent être précisés à partir d'une liste limitative :

- Intéressement,
- Contrat de génération,
- Autres thèmes (rémunération, durée et aménagement du temps de travail) *le déposant est alors invité à indiquer une "précision", sous format libre*
- Participation,
- Pénibilité,
- Plan de sauvegarde des emplois,
- Plan d'épargne,
- Égalité professionnelle femmes/hommes
- Accord de performance collective.

La lecture des accords a conduit à observer que les renseignements alors fournis ne sont pas toujours exacts, en particulier pour ce qui concerne le mode de conclusion des accords. Ainsi, la distinction du mode de signature de l'accord, entre « élu ou salarié mandaté » et « élu ou salarié non mandaté » ne semble pas toujours maîtrisée par les déposants et nous avons parfois observé que les accords déclarés conclus avec des « élus mandatés » l'étaient avec des élus au CSE mais sans mandat accordé par une organisation syndicale.

Faute de pouvoir opérer des vérifications systématiques, impossibles à réaliser, le travail global de recherche s'est effectué sur la base des éléments déclarés lors du processus d'enregistrement. Ce n'est que lors des analyses approfondies des accords, en vue de réaliser les études des corpus d'accords qu'une rectification a été opérée lorsqu'il résultait du texte de l'accord une discordance avec la nature des déclarations effectuées (généralement sur les effectifs ou le mode de conclusion).

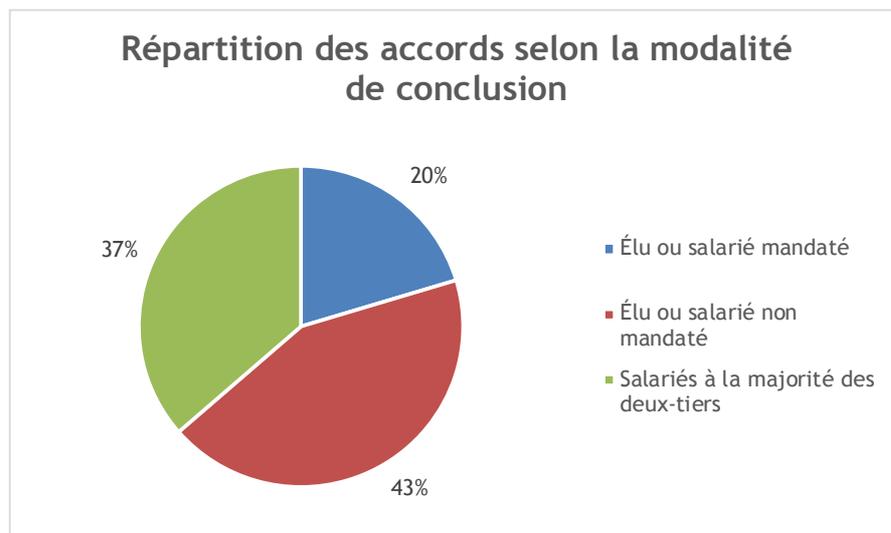
La base d'accord sur laquelle la recherche a porté provient donc d'une extraction à partir de la base « Téléaccords », à partir des critères suivants :

1. Période : du 1^{er} janvier 2018 au 31 août 2020
2. Seuils d'effectifs : accords conclus dans les entreprises de moins de 300 salariés, selon des modes « alternatifs », autrement dit non conclus avec des représentants d'organisations syndicales représentatives. Il s'agit donc des accords soumis à la ratification des 2/3 des salariés, des accords négociés avec un salarié mandaté ou des élus, mandatés ou non.

3. Thèmes : tous les thèmes, à l'exclusion des accords en matière d'intéressement ou de prévoyance (sur ces questions, le recours au référendum était déjà envisagé avant l'adoption de l'ordonnance du 22 septembre 2017). Soumis à une diffusion restreinte, les accords de performance collective ont également été écartés de la base constituée par la Dreets.
4. Champ géographique : l'ensemble des départements de la région AURA, avec l'indication du département de dépôt de l'accord.

B. Observations générales relatives à la base d'accords étudiée

L'extraction par la Dreets a permis de constituer une base contenant la référence à 3100 accords conclus entre le 1^{er} janvier 2018 et le 31 août 2020, selon des modalités alternatives (salariés à la majorité des 2/3, salariés ou élus mandatés, élus non mandatés).



Répartition des 3100 accords conclus selon des modalités alternatives (hors délégué syndical) et déposés entre le 1er janvier 2018 et le 31 août 2020, en fonction du mode de conclusion

1. Répartition selon le mode de conclusion

La répartition des 3100 accords, selon la modalité de conclusion référencée dans la base, est la suivante :

- 631 accords signés avec un ou des élus mandatés ou un salarié mandaté par une organisation syndicale ;
- 1341 accords signés avec un ou des élus non mandatés par une organisation syndicale ;
- 1128 accords adoptés par référendum (salariés à la majorité des 2/3).

Mise en garde concernant la fiabilité de ces chiffres : ces données chiffrées sont le résultat d'une extraction dans la base d'accords fournie par la Dreets et reposent donc sur les éléments saisis par les déposants sur Téléaccord.

Le travail de lecture des accords permet de confirmer que les éléments concernant la conclusion de l'accord par les « salariés à la majorité des 2/3 » sont fiables. En revanche, tel n'est pas le cas de la répartition des accords dans les deux autres catégories proposées lors du dépôt sur Téléaccords : « élu ou salarié mandaté », « élu ou salarié non mandaté ». La distinction entre ces deux modalités de négociation des accords n'est pas maîtrisée par les déposants et, lorsque pour les besoins d'une étude particulière, l'équipe a été amenée à lire certains de ces textes, les erreurs étaient fréquentes. Seule une lecture de l'ensemble des 1972 accords conclus sans recours au référendum²⁴ aurait permis d'identifier la répartition exacte selon les modes de conclusion, or ce travail excédait le champ et les nécessités de la présente recherche. Toutefois, l'hypothèse peut être formulée d'une sur-représentation des accords de la catégorie « élus ou salariés mandatés », les accords de cette catégorie ayant fait l'objet d'une lecture s'étant souvent révélés conclus avec des élus non mandatés.

²⁴ 631 accords signés avec un ou des élus mandatés ou un salarié mandaté par une organisation syndicale et 1341 accords signés avec un ou des élus non mandatés par une organisation syndicale, soit 1972 accords hors référendum.

Outre le fait que la distinction, subtile (les élus ne sont-ils pas tous investis d'un mandat ?), n'est pas maîtrisée, il est permis de s'interroger sur la pertinence de la proposition faite au déposant de choisir comme mode de conclusion « élus ou salariés non mandatés » puisqu'à ce jour aucun texte du Code du travail n'autorise la conclusion d'un accord collectif avec un salarié non mandaté.

Ainsi, à partir des données fournies, les accords adoptés à la majorité des 2/3 des salariés représentent 37%, soit plus du tiers de l'ensemble des textes déposés entre le 1^{er} janvier 2018 et le 31 août 2020. Seuls ces 1128 accords ont fait l'objet d'un traitement dans le cadre de la présente étude. Les accords obtenus à la suite d'une négociation avec des élus ou salariés mandatés ou des élus non mandatés ont été sortis de l'échantillon général²⁵.

L'objet de la recherche a donc conduit à ne retenir comme objet d'étude que les 1128 accords adoptés par référendum.

2. Répartition selon l'objet de l'accord

Le premier travail d'analyse de la base a consisté en la détermination de l'objet de chaque accord. Or lors du dépôt de l'accord sur « Téléaccord », l'objet de l'accord n'est indiqué que de manière très générale et c'est davantage le titre de l'accord, sous format libre, qui renseigne sur son contenu.

Dans la mesure où de nombreux accords se dénomment "accord sur la durée du travail", toute détermination précise d'un ou de plusieurs objets est rendue impossible. S'agit-il des heures supplémentaires, des durées maximales, de mettre en place un forfait jour ou une modulation du temps de travail, d'un accord sur les congés, sur plusieurs de ces questions... ? Seule une

²⁵ Mais la base a permis de travailler sur les accords obtenus après négociation avec des élus, mandatés ou non, lorsque des éléments de comparaison s'avéraient pertinents pour les besoins de l'étude de certains corpus d'accords.

lecture des accords permet d'en définir précisément l'objet. Ainsi, afin d'affiner la visibilité sur l'objet de chacun des accords de la base, les 298 accords sobrement intitulés « accord sur la durée du travail » ont fait l'objet d'une lecture littérale. Leur objet a ainsi pu être identifié précisément.

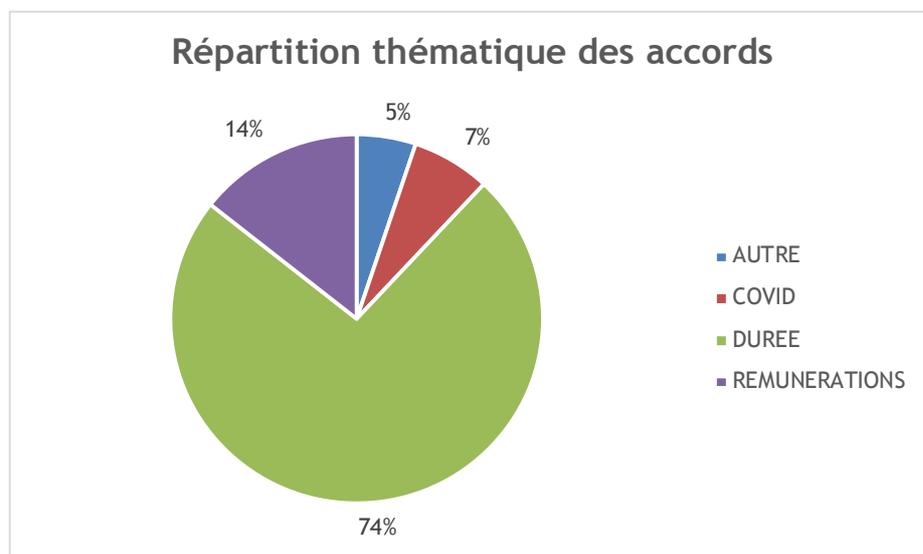
Ce travail de lecture littérale a également permis de relever des éléments interrogeant sur la source des accords (plusieurs séries d'accords identiques) ou les conditions dans lesquelles ils ont été adoptés. De là, ont pu être mis en évidence, outre des éléments sur les champs investis conventionnellement par les TPE, des terrains sur lesquels des investigations complémentaires s'avéraient pertinentes. Ils s'ajoutent ainsi à ceux retenus lors de l'analyse globale de la base d'accords.

Afin de pouvoir identifier précisément leur thématique principale, les accords ratifiés à la majorité des 2/3 (soit 1128 accords) ont fait l'objet par l'équipe d'un référencement complémentaire à celui opéré par le déposant au moment de leur dépôt sur "Téléaccords". A cette fin, ont été retenues 3 thématiques principales et une catégorie résiduelle (autres), chacune comportant un ensemble de sous-thématiques :

- Durée du travail (Annualisation/modulation ; Astreintes ; Congés payés ; Compte épargne temps ; Déplacements/missions ; Durées maximales de travail ; Équivalences ; Forfaits-jours/heures ; Heures supplémentaires ; Réduction du temps de travail ; Travail du dimanche/jours fériés ; Travail de nuit/en équipe »
- Rémunérations (Chèques vacances ; Frais de déplacements/Prime de pouvoir d'achat ; Primes (autres) ; Rémunérations/classifications)
- Covid (Activité partielle de longue durée ; Congés ou temps de travail ; CDD ; Durée du travail)
- Autres (CDD à objet défini ; Égalité/QVT ; Emplois saisonniers ; Frais de santé ; Négociation annuelle obligatoire ; Parking ; Performance collective ; Rupture conventionnelle collective ; Statut collectif ; Télétravail ; UES)

Une fois les accords ainsi référencés de manière homogène, sur la base de l'intitulé de l'accord lorsqu'il était précis ou à la suite de la lecture littérale de l'accord lorsque l'intitulé prenait une forme générique, des données plus précises ont pu être extraites de la base.

3. La durée du travail, objet principal des accords

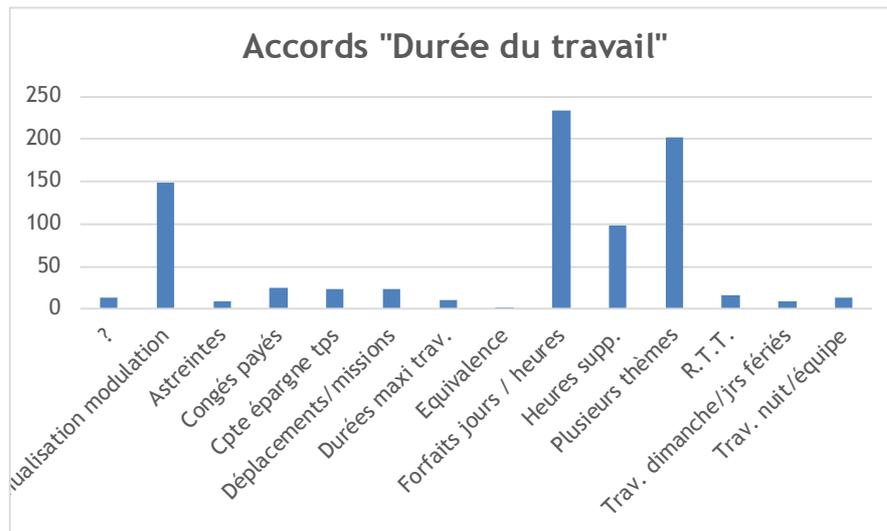


Répartition des 1128 accords adoptés à la majorité des 2/3 entre le 1er janvier 2018 et le 31 août 2020, en fonction de leur thématique générale

La répartition thématique des accords collectifs de la base amène aux constats suivants (*ici encore et dans les pages qui suivent, les chiffres donnent avant tout à voir des tendances, généralement fortes, et ne peuvent prétendre rendre compte avec une exactitude statistique des contenus des accords, ceux-ci n'ayant pas tous été l'objet d'une lecture littérale*) :

- **831 accords sur la durée du travail ont été obtenus, soit 74% de l'ensemble des accords ainsi adoptés.**
- 162 accords portent sur des questions touchant la rémunération, soit 14% de l'ensemble.
- 77 accords dits « Covid », en lien avec la situation issue de la crise sanitaire, adoptés sur une période très courte (avril/août 2019), soit 7% de l'ensemble
- 58 accords, soit 5 % de l'ensemble, dont le contenu est très hétérogène (CDD à objet défini, télétravail, qualité de vie au travail, emplois saisonniers...)

a. Les accords portant sur la durée du travail : revue détaillée



Note : la catégorie « ? » correspond à des accords référencés dans la base, mais introuvables sur Légifrance.

Revue détaillée des 831 accords adoptés à la majorité des 2/3, entre le 1er janvier 2018 et le 31 août 2020, et portant sur la durée du travail

Les accords collectifs portant sur la durée du travail, au nombre de 831, sont, et de très loin, les plus nombreux dans la base d'accord étudiée. Ils représentent, selon le classement opéré, 73,67% de l'ensemble des accords obtenus à la majorité des 2/3.

Trois thématiques se dégagent :

- L'annualisation/modulation du temps de travail
- Les forfaits annuels en jours ou en heures
- Les heures supplémentaires.

Les accords visant exclusivement à mettre en place un système d'annualisation (ou de modulation) du temps de travail (149/831) ou encore des forfaits en jours ou en heures (234/831) sont très largement majoritaires. La catégorie « plusieurs thèmes » doit y être rattachée. En effet, si elle contient des accords très généraux et non ciblés sur une question particulière, ces accords (202/831) comprennent tous des dispositions concernant l'annulation ou la modulation du temps de travail et les forfaits en jours ou en heures. Les accords de la catégorie « plusieurs thèmes » ne font donc que confirmer une tendance très lourde : lorsque

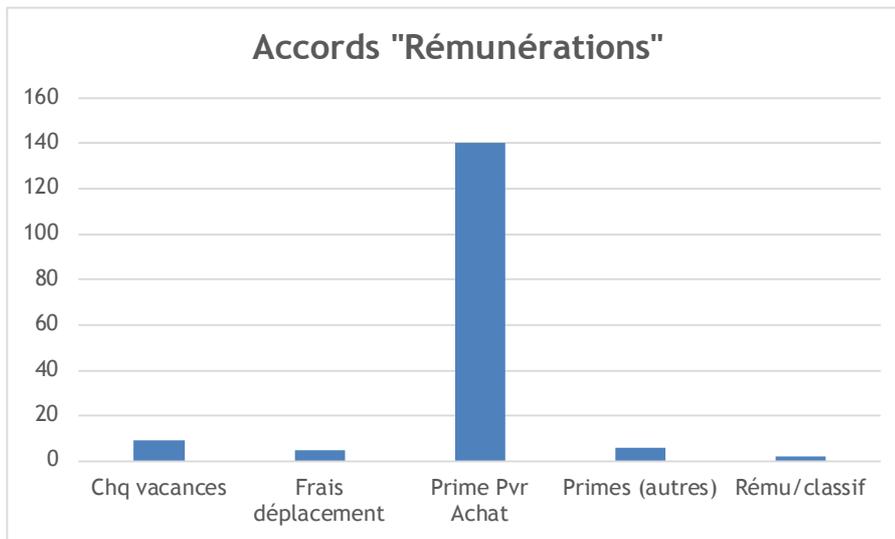
des projets d'accords sont soumis à référendum dans des TPE, ceux-ci visent majoritairement la mise en place de dispositifs assouplissant le décompte du temps de travail, qu'il s'agisse de passer à un décompte en journées, et non plus en heures, ou qu'il s'agisse de s'affranchir de la référence hebdomadaire légale, pour faire varier la durée du travail en fonction des contraintes liées à l'activité de la structure.

Le total de ces accords portant aménagement de la durée du travail est de 585, ce qui représente 70% des accords ayant pour objet la durée du travail et 52% de l'ensemble des accords obtenus à la suite d'un référendum dans les TPE de la région AURA. Ce constat a justifié qu'une étude portant spécifiquement sur ce type d'accords, en particulier s'agissant des forfaits annuels en jours ou en heures soit menée (v. p. 67)

Les heures supplémentaires sont l'objet annoncé de 99 accords. Deux questions semblent pouvoir justifier l'adoption de ces accords : la gestion du contingent d'heures supplémentaires et la définition du taux de majoration des heures supplémentaires. En effet, sur ces deux questions, le Code du travail ouvre la possibilité à un accord d'entreprise de déroger à la loi mais également de s'affranchir des dispositions conventionnelles de branche, la convention de branche se trouvant, par le jeu de l'article L. 2253-3 du Code du travail, supplétive sur cette question²⁶. Ainsi, seule une analyse des différents accords peut permettre de prendre la mesure de l'appropriation par les acteurs de la possibilité d'un aménagement conventionnel à eux offerte par l'instauration des accords référendaires. Une étude particulière y est donc consacrée (v. p. 89)

²⁶ Les questions relatives aux heures supplémentaires ne figurent pas parmi celles réservées à la branche par les articles L. 2253-1 et L. 2253-2 du Code du travail.

b. Les accords portant sur les rémunérations : des accords conjoncturels



Revue détaillée des 162 accords adoptés à la majorité des 2/3, entre le 1er janvier 2018 et le 31 août 2020, et portant sur la rémunération

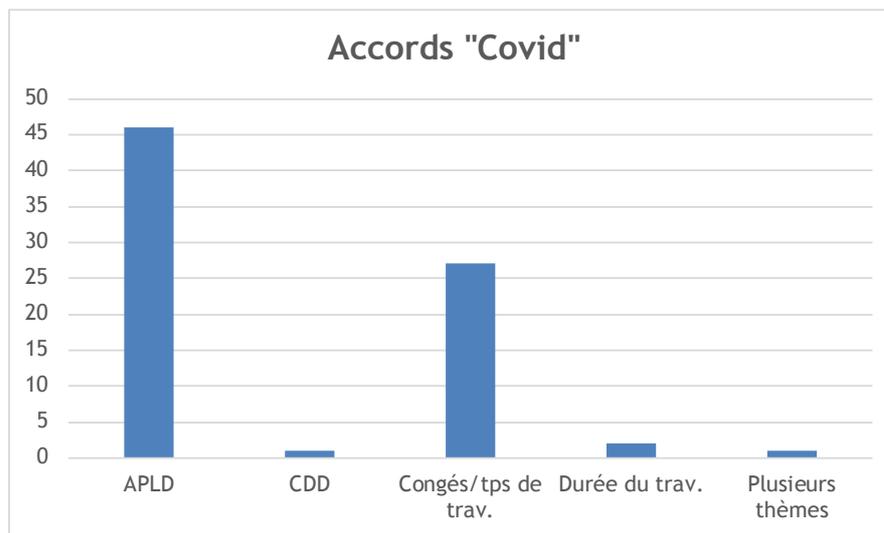
L'examen plus précis du contenu des 162 accords portant sur les rémunérations conduit à constater que ceux-ci portent généralement sur l'octroi de la prime exceptionnelle de pouvoir d'achat prévue par la loi n°2018-1213 du 24 décembre 2018. Cette prime, reconduite depuis, pouvait être versée, avant le 31 mars 2019, par toutes les entreprises, selon des modalités unilatéralement décidées par l'employeur avant le 31 janvier 2019, mais définies par accord collectif ensuite. Le montant de la prime (réservé aux salariés dont la rémunération est inférieure à 3 SMIC) est exonéré d'impôts et de prélèvements sociaux²⁷.

Les accords collectifs ouvrant le bénéfice de cette prime sont au nombre de 140. Ils représentent 87,5% de l'ensemble des accords sur les rémunérations. Dans la mesure où ceux-ci présentent une dimension conjoncturelle forte, la place globale des accords visant la rémunération dans l'ensemble des accords adoptés sur la période considérée doit être

²⁷ La prime a été reconduite en 2020, par l'article 7 de la loi n° 2019-1446 du 24 décembre 2019 de financement de la sécurité sociale pour 2020 et en 2021 par l'article 4 de la loi n°2021-953 du 19 juillet 2021 de finances rectificative pour 2021.

relativisée. Ainsi, une étude spécifiquement ciblée sur ces accords n'est pas pertinente. Par ailleurs, la part des accords portant sur la durée du travail s'en voit encore davantage renforcée.

c. Faire face à la situation sanitaire : les accords « Covid »



Revue détaillée des 77 accords adoptés à la majorité des 2/3, entre le 1er janvier 2018 et le 31 août 2020, visant une adaptation au contexte sanitaire "Covid"

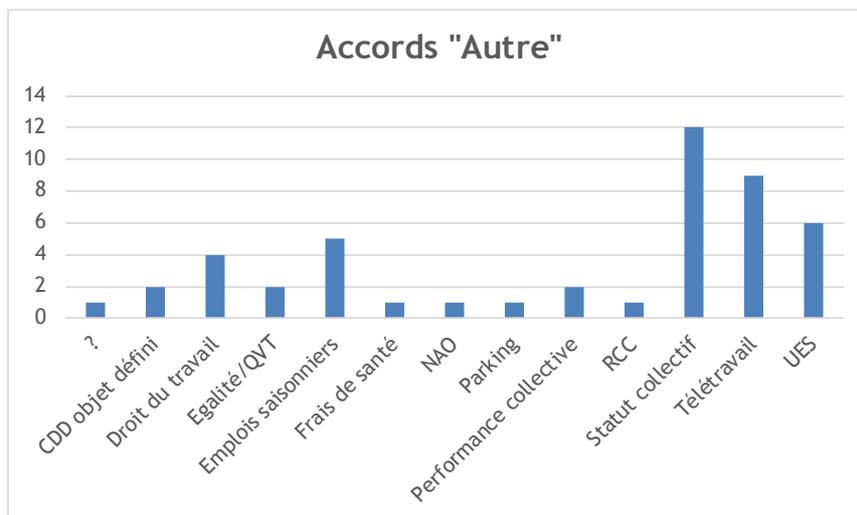
On dénombre dans la base 77 accords, tous adoptés entre mai et août 2020, en considération de la crise sanitaire en cours. Ces accords portent en majorité sur la mise en place de l'activité partielle de longue durée (46 accords) et sur l'aménagement des jours de congés (27 accords). Un accord vise à assouplir les conditions du recours au CDD (par la suppression du délai de carence entre deux contrats conclus pour accroissement temporaire d'activité, par l'allongement de la durée des contrats à 24 mois)²⁸ et trois autres aménagent les règles relatives à la durée du travail, notamment en augmentant le contingent d'heures supplémentaire²⁹. On observe ici que

²⁸ La possibilité de déroger à la loi s'agissant de la durée de la période de carence entre deux CDD ou encore du motif du recours au CDD est en principe réservée à la branche (art. L. 2253-1 7°), mais la loi d'urgence sanitaire n° 2020-734 du 17 juin 2020 a ouvert cette possibilité, pour le temps de la crise pandémique, à un accord d'entreprise.

²⁹ Accord « aménagement du temps de travail, du 11 septembre 2020, T07420003231 ; Accord d'entreprise relatif à la durée du travail, du 27 juillet 2020, T00120002630 ; Accord d'entreprise relatif à la durée du travail, 3 juillet 2020, T00120002568.

malgré leur caractère conjoncturel, ces accords se présentant eux-mêmes comme directement justifiés par la crise sanitaire, ceux-ci sont pourtant conclus pour une durée indéterminée.

d. Les « autres » accords



Revue détaillée des 47 accords adoptés à la majorité des 2/3, entre le 1er janvier 2018 et le 31 août 2020, relevant de la catégorie "Autre" (catégorie retenue par défaut lorsqu'aucun rattachement à l'une des catégories précédentes n'était possible)

Peu de cohérence au sein de cet ensemble au sein duquel ont été classés, après lecture littérale, 58 accords seulement.

- 12 accords portent sur des éléments généraux du statut collectif des salariés, il s'agit le plus souvent d'accords d'adaptation ou de substitution à la suite de la mise en cause de la convention collective de branche dont relevait jusque-là l'entreprise (après un changement de l'activité principale, ou le rattachement à une nouvelle entité). Ces accords mettent un terme à la survie provisoire de l'accord mis en cause.
- 9 accords visent à organiser les conditions de mise en œuvre d'un télétravail régulier, et pas seulement occasionnel, au sein des structures, parfois n'employant qu'un ou deux salariés.
- 6 reconnaissent l'existence d'une UES entre plusieurs entités juridiquement distinctes, en vue de poser le cadre de la mise en place d'un CSE. Côté salarié, le mode de

conclusion de ces accords est mixte : ils sont signés à la fois par les représentants du personnel de l'une des personnes morales et ratifiés à la majorité des 2/3 par les salariés de l'autre personne morale.

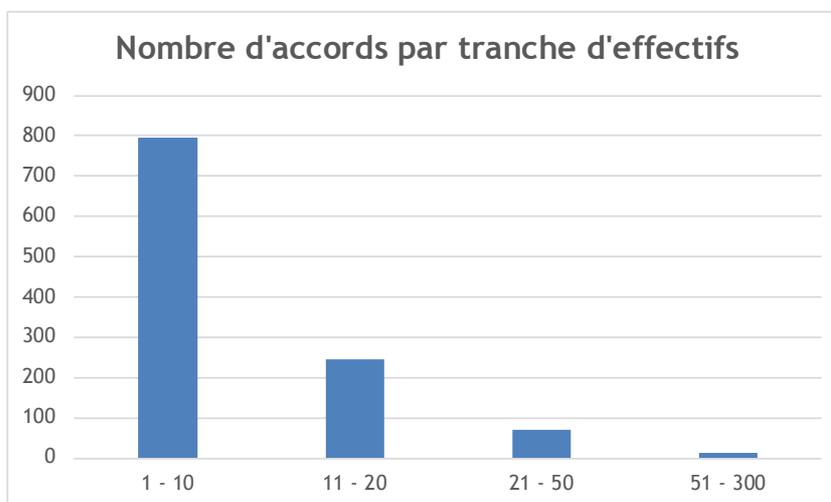
- Les 5 accords relatifs au travail saisonnier visent (pour trois d'entre eux) à exclure le versement de l'indemnité de fin de mission due par une entreprise de travail temporaire lorsqu'il s'agit d'emplois saisonniers ou dans des secteurs d'activité dans lesquels il est d'usage de ne pas avoir recours au contrat à durée indéterminée³⁰. Deux autres accords ouvrent au travail intermittent compte tenu de la saisonnalité de l'activité.
- 2 accords ouvrent la possibilité pour l'entreprise d'embaucher un salarié en CDD à objet défini. Le premier a été conclu dans une entreprise n'employant qu'un seul salarié, en vue de la réalisation d'un travail de recherche et l'autre, le second ouvre la possibilité de ce type de contrat de manière générale, dans une structure employant 2 salariés.
- Les autres accords sont très disparates, présentant un objet tantôt très précis (l'usage du parking de l'entreprise, dispositions qui auraient d'ailleurs pu trouver leur place dans un règlement intérieur³¹) tantôt très vaste (2 accords de plus de 50 pages portant sur l'ensemble du droit du travail dans des structures appartenant au même groupe³²).

³⁰ Comme l'autorise l'article L. 1251-33 du Code du travail.

³¹ Accord « utilisation du parking privé entreprise », du 14 mars 2020, T04220003552.

³² Accord d'entreprise du 17 septembre 2019, T06919008062 et accord d'entreprise, du 13 décembre 2018, T06919003832.

4. Des accords le plus souvent obtenus dans les très petites entreprises (moins de 10 salariés)



Nombre d'accords conclus à la majorité des 2/3 en fonction de l'effectif de l'entreprise

La grande majorité des accords adoptés par referendum sont obtenus dans des entreprises de moins de 20 salariés (1043 accords sur les 1128 de la base), conformément au seuil posé par l'article L.2232-21 du Code du travail. Toutefois, un nombre notable d'accords ont été déposés par des structures déclarant employer plus de 20 salariés : 70 accords déclarés dans des structures dont l'effectif est compris entre 21 et 50 salariés et même 15 accords dans des structures déclarant employer entre 51 et 300 salariés.

Après vérification, il apparaît que la présence de certains de ces accords résulte d'une erreur au moment du dépôt sur Téléaccords, ceux-ci étant en fait négociés avec des élus.

Mais d'autres ont bien été soumis à ratification des salariés. La discordance peut alors tenir à au fait que certaines structures emploient des salariés sous contrat aidé, en contrat d'apprentissage ou de professionnalisation, qui sont donc exclus du décompte des effectifs par l'article L.1111-3 du Code du travail. Elles demeurent donc sous le seuil prévu pour ce mode d'adoption des accords tout en ayant un effectif « réel » supérieur à ce seuil. On observe également une absence d'homogénéité dans la répartition des accords entre entreprises de plus ou de moins de 11 salariés. 796 accords ont ainsi été adoptés dans des entreprises de moins de 11 salariés, contre 247 dans celles employant de 11 à 20 salariés. Ce sont donc essentiellement

les très petites entreprises dans lesquelles s'est exprimé, sur la période considérée, le souhait de valider un projet d'accord par l'approbation directe des salariés.

Enfin, on relève, parmi les 1128 accords référendaires, 77 accords conclus dans des entreprises n'employant qu'un seul salarié et 86 accords dans des entreprises employant 2 salariés seulement. Le total atteint 163, soit 14% de l'ensemble des accords de la base. Une attention particulière leur est portée dans le cadre de l'étude eu égard aux enjeux liés aux conditions dans lesquelles se déroule la consultation des salariés, à l'exigence posée dans les textes de respecter le secret du vote, aux questions relatives à l'articulation entre individuel et collectif qu'ils soulèvent (v. p. 72)

5. Des séries d'accords identiques ou très proches

Plusieurs séries d'accords collectifs strictement identiques ou alors très proches, c'est-à-dire élaborés à partir d'un même modèle, ou encore comportant le même préambule, ont été relevées lors de la lecture des différents accords étudiés tout au long de la recherche.

Il s'agit d'accords conclus dans le même secteur d'activité, parfois sur l'ensemble du territoire de la région AURA. L'existence de préambules repris mot pour mot dans les accords, d'une forme ou structure identique, met en évidence le fait que ceux-ci proviennent d'une source commune.

Parfois, un lien peut être subodoré entre les structures signataires, en raison de leur dénomination, du caractère complémentaire de leur activité, ou encore d'un siège social identique. Ils ont généralement fait l'objet d'un dépôt à la même date ou dans un temps très limité.

Illustrations :

- Accords sur l'aménagement du temps de travail, déposés les 3 et 4 juillet 2019, T06919007091, T06919007080 et T06919007076.
- Accords d'entreprise relatifs à l'organisation et l'aménagement du temps de travail, déposés le 15 mai 2019, T06919006093, T04219001680, T03819002806
- Accords d'entreprise relatifs à la durée du travail, déposés le 20 décembre 2018, T02618000629, T02618000628

- Accords relatifs à la durée et l'aménagement du temps de travail, déposés entre le 17 et le 26 juillet 2019, T04219002072, T04219002051, T04219002031, T04219002030, T04219002036

Dans d'autres cas cependant, aucun lien autre que l'appartenance à un même secteur d'activité n'a pu être caractérisé. Parmi les accords relevés, on trouve :

- Des bureaux d'études, par exemple : Accords d'entreprise relatif aux forfaits jours, déposés le 31 mars 2020 T07320002098, le 14 mai 2020 T03820005177, le 2 juin 2020 T06920011064
- De nombreuses entreprises du paysage (voir étude p.119)
- Des entreprises du secteur de transport ambulancier (voir étude p.155)

Plus surprenants, des accords identiques excluant, entre autres disposition, toute reconnaissance d'une unité économique et sociale et affirmant que « *les parties constatant l'absence d'accord d'entreprise sur l'existence d'une unité économique et sociale et qu'en tout état de cause les conditions d'un tel constat ne sont pas remplies à l'heure actuelle* »³³.

Parfois, le point commun de certaines séries d'accords identiques repose sur la localisation de l'entreprise. Tel est par exemple le cas d'une série de cinq accords adoptés dans des entreprises relevant de secteurs d'activité différents, toutes basées à Tence, commune de 3095 habitants en Haute-Loire (43). Ces accords portent tous augmentation du contingent annuel d'heures supplémentaires et l'hypothèse peut être formulée qu'ils proviennent d'un conseil, sans doute un cabinet d'expertise comptable commun à toutes ces entreprises.

- Accord déposé le 25 février 2020, T04320000728, CCN des entreprises de propreté.
- Accord déposé le 10 mai 2019, T07719001962, CCN des entreprises de maintenance, distribution et location de matériels agricoles, de travaux publics, de bâtiment, de manutention, de motoculture de plaisance et activités connexes.
- Accord déposé le 10 mai 2019, T04319000484, CCN des entreprises de maintenance, distribution et location de matériels agricoles, de travaux publics, de bâtiment, de manutention, de motoculture de plaisance et activités connexes

³³ Accord sur l'aménagement du temps de travail, du 3 juillet 2020, T02620002202, accord sur l'aménagement du temps de travail, du 3 juillet 2020, T02620002178.

- Accord déposé le 9 mai 2019, T04319000481, CCN des entreprises de maintenance, distribution et location de matériels agricoles, de travaux publics, de bâtiment, de manutention, de motoculture de plaisance et activités connexes.
- Accord déposé le 1^{er} janvier 2019, T04319000303, CCN de la plasturgie.

Ces similitudes, nombreuses, interrogent. Les conseils (qu'il s'agisse de cabinets d'avocat ou d'expertise comptable) et organisations patronales délivrant un service à leurs adhérents sont les sources les plus probables.

Le contexte sanitaire particulièrement contraignant tout au long de l'étude n'a pas permis à l'équipe de recherche de mener les analyses de terrain permettant de lever toutes les interrogations sur ces questions. Des contacts pris auprès des cabinets d'expertise comptable ou des avocats de la région lyonnaise n'ont pas permis d'obtenir des informations sur cette part de leur activité. En revanche, les études ciblées sur des corpus d'accords identiques importants ont pu mettre en évidence le fait que des modèles sont diffusés par les organisations patronales à leurs adhérents (voir notamment l'étude du corpus « entreprises du paysage », p. 119).

C. Explicitation du choix des corpus d'accords

Le travail sur la base d'accords fournie par la Dreets a nécessité un temps d'appropriation et de découverte. Ce travail a donné lieu à de premières observations et hypothèses. Ainsi plusieurs pistes ont été retenues invitant à approfondir la recherche en portant l'attention d'une part sur certains objets conventionnels récurrents et d'autre part sur certains secteurs d'activité.

1. *Corpus constitués au regard de l'objet des accords*

Les thématiques récurrentes dans les accords collectifs révèlent en effet les questions sur lesquelles les TPE ont souhaité se doter d'un aménagement conventionnel spécifique. Ils donnent à voir certains des enjeux liés à l'adoption de ces textes. La part considérable d'accords portant sur la durée du travail invitait naturellement à retenir cette thématique comme base d'échantillonnages pour constituer des corpus spécifiques. Comme il a été explicité précédemment, ces accords sont essentiellement des accords d'aménagement de la durée du travail. Ils ouvrent à l'annualisation ou la modulation du temps de travail ou encore à la

conclusion de conventions de forfaits, en jours ou en heures. Les enjeux liés à la conclusion de conventions de forfait, à la fois au plan organisationnel pour l'entreprise, concernant les conditions de travail et d'emploi pour les salariés concernés et au plan juridique ont justifié qu'une attention spécifique y soit portée. En effet, le recours à ces conventions de forfait a été source d'un contentieux important dans les années 2000, aboutissant à l'annulation, par la Cour de cassation de nombreux accords de branche et conduisant le législateur, dans la loi du 8 août 2016 à préciser les garanties devant être prévues par les accords collectifs, afin de préserver la santé des salariés soumis à ce mode de décompte du temps de travail, dans le respect, qui plus est des règles de droit européen. Les dispositions légales adoptées en France sont par ailleurs l'objet de critiques au niveau du Conseil de l'Europe, le Comité Européen des Droits sociaux ayant récemment considéré que celles-ci ne respectent pas les termes de la Charte sociale européenne, faute de prévoir des garanties suffisantes pour assurer le respect du droit à une durée raisonnable de travail et à une rémunération équitable³⁴. De plus, ce décompte forfaitaire du temps de travail étant réservé par la loi à certaines catégories de salariés seulement, le voir mis en œuvre dans des entreprises de très petite taille surprend a priori. **Un corpus d'accords collectifs portant sur les forfaits en jours, obtenu dans les TPE par ratification des salariés à la majorité des 2/3, a donc été constitué et analysé** (v. p. 67).

Toujours concernant la durée du travail, un corpus de 98 accords portant sur les heures supplémentaires a également fait l'objet d'une analyse approfondie. Ces accords représentent près de 10% du total des accords de la base, donc une part substantielle de celle-ci. Or, s'agissant des heures supplémentaires, l'objet précis des accords collectifs ne pouvait porter que sur le niveau de majoration de ces heures ou le volume du contingent d'heures supplémentaires. Ces questions sont définies par la loi, bien souvent aussi par les conventions collectives de branches. Étudier ce corpus d'accords a été jugé de nature à mettre en lumière leur objet précis, et donc à même de mettre en évidence certaines des raisons du recours au référendum : s'agit-il de limiter le montant de la majoration, légale ou conventionnelle ? d'accorder aux salariés un taux de majoration supérieur au taux légal ou conventionnel ? de

³⁴ CEDS, Décision du 19 mai 2021, réclamation n° 149/2017 CGT et CFE-CGC c. France publiée le 10 novembre 2021 : la législation française, malgré les avancées apportées par la loi du 8 août 2016, ne respecte toujours pas les articles 2§1 et 4§2 de la Charte sociale européenne

substituer à cette majoration un repos compensateur ? ou d'augmenter le contingent d'heures supplémentaires, contingent au-delà duquel les salariés peuvent prétendre à un repos compensateur qui s'ajoute à la majoration salariale ? **L'étude d'un corpus regroupant l'ensemble des accords collectifs de la base d'accords et portant sur les heures supplémentaires** permet de répondre à ces interrogations (v. p. 89).

2. Les corpus sectoriels

Deux corpus d'accords ont été constitués, dans deux secteurs d'activité particuliers : **les entreprises du paysage** (v. p.119) et **les entreprises du transport sanitaire** (v. p.155116) Le choix de ces secteurs a été guidé par deux types de considérations :

Tout d'abord, et dans les deux cas, la lecture des accords de la base fait apparaître des séries d'accords identiques ou proches, révélant ainsi le souhait de faire face à une situation partagée, requérant l'adoption d'un accord. Étudier ces accords ouvre ainsi la perspective de saisir certaines des raisons conduisant les TPE à recourir au référendum pour adopter un accord d'entreprise propre, dans des secteurs d'activités tous deux couverts par des accords nationaux de branche. L'étude permet également de rechercher l'origine commune de ces accords et de tenter d'apporter un élément de réponse sur les conditions dans lesquelles les entreprises sont accompagnées pour élaborer ces textes souvent techniques et complexes.

Ensuite, ces accords collectifs font tous référence à la convention de branche de leur secteur, mais tantôt en se positionnant dans son prolongement (entreprises du paysage), tantôt en exprimant une opposition (entreprises du transport sanitaire). Le choix de ces deux corpus repose sur ce constat d'un rapport au dispositif de branche contrasté.

Ainsi, retenir ces deux secteurs d'activités permet de mettre en lumière certains des enjeux du recours au référendum, qu'il s'agisse de mettre en œuvre un cadre conventionnel, ou au contraire de s'émanciper de celui-ci.

3. Un objet singulier : les accords de performance collective

Rencontrer des accords de performance collective conclus à la suite d'un référendum dans des TPE n'était pas attendu. Créés par l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017, et se

substituant aux anciens accords de mobilité interne, et de préservation et de développement de l'emploi, ces accords semblent davantage destinés à des structures employant un nombre conséquent de salariés qu'à celles en employant moins de 20. Pourtant, ceux-ci existent et une convention avec la Dreets a permis d'y avoir accès. La nouveauté de ce type d'accords, leur caractère intrinsèquement dérogatoire aux principes d'articulation des sources et leur impérativité sur les contrats de travail en font en soi un objet d'étude spécifique.

Le nombre de ces accords adoptés dans les TPE reste toutefois limité puisque seuls sept ont été conclus sur la période considérée. De plus, apprécier leur contenu n'est porteur de sens qu'en comparaison à celui des accords de même type, obtenus à la suite d'une négociation dans les entreprises. Pour ces raisons, l'étude sur les APC voit son champ étendu à l'ensemble des accords conclus dans les entreprises dépourvues de représentation syndicale, par des modalités alternatives de négociation ou par ratification d'un projet d'accord proposé aux salariés par l'employeur (v. p. 155).

III. Synthèse des analyses des corpus d'accords

Le détail des différentes analyses des corpus d'accords figure dans la seconde partie de ce rapport. Des points de convergence forts s'en dégagent, des interrogations aussi quant à la capacité des accords collectifs à atteindre les objectifs énoncés.

Dans l'ensemble, ces accords collectifs, portant dans une immense majorité sur la durée du travail, accordent davantage de souplesse dans l'organisation du travail, mais dégradent les conditions de travail des salariés des TPE (A), ils mobilisent pour cela les dispositions de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 généralisant la supplétivité de la convention collective de branche (B). L'étude des accords montre également que les très petites entreprises trouvent à être accompagnées, guidées, conseillées pour l'élaboration de ces accords, situation qui contraste avec l'isolement dans lequel se trouvent leurs salariés (C). Il n'en demeure pas moins que ces accords ont fait l'objet d'une consultation des salariés, après information préalable, et qu'ils ont été approuvés par la majorité des 2/3 d'entre eux. Pourtant, sauf dans quelques cas particuliers, il est difficile de relever à la lecture des accords ce que pourraient être les traces de véritables négociations (D). Tous en revanche portent l'ambition de sécuriser les relations de travail, qu'il s'agisse de la référence à la convention de branche ou aux dispositions légales permettant de s'en éloigner. Leur lecture interroge néanmoins sur la portée de la sécurisation ainsi recherchée (E). Enfin, nombre de dispositions conventionnelles confortent le risque, déjà identifié, d'un brouillage des repères structurant le droit de la négociation collective (F).

A. Des accords sur la durée du travail qui assouplissent les conditions de travail

Terre d'élection des dérogations, la durée du travail et en particulier son aménagement, sont omniprésents dans des accords collectifs obtenus dans les TPE de la région AURA. Ils représentent ainsi 74% de l'ensemble des accords (p. 35), et même davantage si l'on prend en compte le caractère très conjoncturel de ceux concernant les rémunérations (p. 38). Les analyses réalisées dans le cadre des études de corpus mettent en évidence trois tendances : l'éviction de

la qualification « temps de travail effectif » (1), l'augmentation des amplitudes de travail (2) et le contournement du décompte horaire du temps de travail (3).

1. L'éviction de la qualification « temps de travail effectif »

Tout en reprenant souvent l'énoncé de la définition légale du temps de travail effectif³⁵, de nombreux accords visent à préciser la qualification de certains temps, périphériques aux temps de la réalisation de la prestation de travail à proprement parler. Ces temps « périphériques », sont parfois envisagés de manière explicite par le Code du travail. Ainsi, les temps nécessaires à la restauration ou consacrés aux pauses seront qualifiés de temps de travail effectif selon que les conditions posées à l'article L. 3121-1 du Code du travail sont ou non réunies, la situation exigeant de savoir si le salarié demeure ou non à la disposition de l'employeur et s'il peut ou non vaquer à des occupations personnelles. Les temps des opérations d'habillage ou de déshabillage ne sont pas des temps de travail effectif, seule une contrepartie est exigée par l'article L. 3121-3 du Code du travail.

La question des temps de déplacement est plus délicate. Si le temps nécessaire pour rejoindre le lieu d'exécution de la prestation de travail n'est en principe pas du temps de travail effectif, tel n'est pas le cas lorsque, à la demande de l'employeur, le salarié rejoint dans un premier temps un dépôt ou une agence à partir desquels le déplacement s'opère au moyen de véhicules mis à disposition de l'entreprise. Ces temps de déplacement, inhérents à certaines activités dans le secteur du bâtiment ou de l'aménagement paysager par exemple, peuvent être très longs, en particulier à l'abord des métropoles souvent engorgées en début et en fin de journée. Ils sont des temps non productifs, mais nécessaires à la réalisation de la prestation, qui suppose également que soient acheminés matériaux et outils. Le passage, au moins de certains salariés, par l'entrepôt est indispensable, et le trajet, au moins de ces salariés-là, doit être comptabilisé comme du temps de travail effectif. Si ce temps de déplacement s'ajoute à la journée de travail sur le chantier, il pourra constituer des heures supplémentaires, majorées et

³⁵ C. trav. art. L. 3121-1 : « La durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles ».

ouvrant droit, au-delà du contingent à repos compensateur. Il doit être pris en compte pour le décompte des durées maximales de travail.

L'enjeu de la qualification est considérable et un nombre notable d'accords de la base, conclus dans le secteur de l'aménagement paysager (p. 119), visent à se saisir de cette question. L'immense majorité d'entre eux la règle de manière radicale, affirmant qu'aucun salarié n'est tenu de passer au dépôt (34 accords sur les 40 accords de l'échantillon, p. 142). Lorsque ces accords s'appliquent, personne n'étant contraint au passage par le dépôt, le temps de déplacement, déclaré librement choisi par les salariés, n'est pas reconnu comme du temps de travail effectif. Il ne donne lieu qu'au versement d'une indemnité compensatrice, dès lors que celui-ci excède le temps dit, par l'article L. 3121-4 du Code du travail, « normal » de trajet entre le domicile et le lieu habituel de travail.

Le même phénomène tendant à limiter les temps reconnus comme temps de travail effectifs s'observe à la lecture des accords conclus dans le secteur du transport sanitaire (p.155). Une série de 5 accords collectifs, identiques, vise à rétablir, malgré la révision de la convention de branche en vue se conformer aux exigences européennes, un mécanisme d'heures d'équivalence, pour tenir compte de la spécificité de l'activité. Ces heures d'équivalence aboutissent à disqualifier une partie du temps pendant lequel le salarié est pourtant à la disposition de l'employeur sans pouvoir vaquer à ses occupations personnelles pour retenir une approche forfaitaire de la durée effective de travail reposant sur un certain pourcentage de l'amplitude de la journée de travail. Une étude plus précise des accords d'entreprise mettant en place des horaires d'équivalence, même si le Code du travail réserve cette possibilité aux seuls accords de branche ou par décret, s'impose (p. 157).

Les accords de performance collective enfin, visent la redéfinition du temps de travail effectif, en excluant expressément les temps de pause, de repas et/ou de trajet (p.175), même si cette exclusion est déjà envisagée par les textes légaux.

2. L'augmentation des amplitudes de travail

Tant les heures d'équivalence que l'exclusion des temps pour se rendre sur les chantiers à partir des dépôts de l'employeur conduisent à un allongement de l'amplitude de la journée consacrée à l'activité. Les heures de déplacement s'ajoutent aux heures de travail à proprement

parler, les heures d'équivalence conduisent à définir un temps de travail effectif en proportion d'une amplitude journalière de travail. La part du temps non consacré à l'activité professionnelle, que l'on peut appeler « temps libre », se restreint.

Dans le même sens, l'accroissement des contingents d'heures supplémentaires définis dans les accords étudiés laisse entrevoir la possibilité de journées de travail très longues. Le travail de recherche a quantifié cette augmentation des contingents d'heures supplémentaires, à partir de l'étude des accords collectifs dont l'objet annoncé est « heures supplémentaires » (p. 89, spé. p. 92). Le constat devrait être élargi aux accords portant plus largement sur la durée du travail et non spécifiquement à ceux concernant spécifiquement les heures supplémentaires. En effet, les augmentations des contingents sont récurrentes dans les accords portant sur la durée du travail (p.151, s'agissant des entreprises du paysage) et nombre d'entre eux, non retenus pour une analyse qualitative dans le cadre des études, comportent ce type de dispositions quand bien même leur objet principal est autre³⁶.

Les limites légales, tenant aux durées maximales de travail et aux dispositions accordant un repos, trouvent alors tout leur sens. Ces garde-fous sont d'ailleurs généralement rappelés dans les accords. Mais certains accords, dont la proportion générale n'a pu être évaluée, mettent en œuvre les dérogations ici également ouvertes par la loi et portent la durée maximale quotidienne de travail à 12 heures, ou la durée hebdomadaire à 46 heures (p. 151).

3. Le contournement du décompte horaire du temps de travail

Alors même que certains salariés seulement sont éligibles aux forfaits-jours, ce dispositif est très prisé des TPE ayant conclu un accord d'entreprise sur la période considérée par l'étude (p.36, données générales et p. 69, étude d'un corpus d'accords). Le faible niveau des effectifs

³⁶ Pour n'en citer que quelques-uns : Accord T07420003231 (500h) ; Accord T07420003201 (410h) ; Accord T04220003344 (300h) ; Accord T04220003361 (300h) ; Accord T02620002193 (450h) ; Accord T03820005376 (330h) ; T06919006747 (300h) ; Accord T06919006591 (420h) ; Accord T03819002977 (320h) ; Accord T00119001388 (360h) ; Accord T03819002919 (300h) ; Accord T02619001061 (450h) ; Accord T06919006144 (420h) ; Accord T06919005947 (420h) ; Accord T06919005946 (420h) ; Accord T04219001482 (320h) ; Accord T04219001417 (300h) ; Accord T06919004373 (480h) ; Accord T03819001960 (360h) ; Accord T06918003604 (420h) ; Accord T02618000629 (380h), Accord T02618000628 (380h) ; Accord A02618003068 (350h) ; Accord T06318000512 (360h) ; Accord T02618000505 (270h)

n'exclut pas la nécessité d'une organisation du temps de travail accordant de la souplesse, en particulier lorsque les modalités de travail retenues laissent aux salariés des marges de manœuvre importantes dans la gestion de leur emploi du temps. Pourtant, mettre en place un dispositif de forfaits n'est pas sans risque juridique, en particulier lorsque celui-ci prend la forme d'un forfait-jours. Le contentieux n'a pas manqué et l'annulation, par la Cour de cassation, d'une quinzaine d'accords collectifs de branche au début des années 2010 aura marqué les esprits. Toute une série d'exigences sont désormais posées et les conventions collectives de branche ont été révisées afin d'offrir un cadre de nature à garantir le respect des durées maximales de travail, des repos, journalier et hebdomadaire, afin que la santé et la sécurité des salariés soit préservée³⁷ (p. 79). Ces contraintes, le risque contentieux fort sur le sujet, que laissent encore entrevoir la récente condamnation de la France par le Comité européen des droits sociaux³⁸, n'apparaissent ainsi pas dissuasives en comparaison de la souplesse accordée par le dispositif.

B. La mobilisation de la supplétivité des stipulations conventionnelles de branche

Gagner en souplesse, adapter le cadre conventionnel sont des objectifs récurrents des accords étudiés. Ceux-ci déclarent d'ailleurs souvent mettre à l'écart les dispositions conventionnelles de branche (1), la démarche aboutissant à des accords moins favorables que ces dernières (2).

³⁷ Le cadre posé par la législation française demeure toutefois insuffisant eu égard aux exigences posées par la Charte Sociale Européenne : CEDS, 19 mai 2021, *CGT et CFE-CGC c. France*, réclamation n° 149/201. Voir également les condamnations antérieures de ce dispositif : CEDS, 11 déc. 2001, *CFE-CGC c. France*, réclamation n° 09/2000 ; 23 juin 2010, *CGT c. France*, réclamations n° 55/2009 et n° 56/2009.

³⁸ CEDS, 19 mai 2021, réclamation n° 149/2017, *CGT et CFE-CGC c. France*, publiée le 10 novembre 2021

1. *S'affranchir des conventions collectives de branche : un objectif souvent affirmé*

Les textes conventionnels étudiés font généralement référence aux stipulations conventionnelles de branche. Certains déclarent avoir pour objectif la mise en œuvre de ces stipulations (p. 137, s'agissant des entreprises du paysage), mais un plus grand nombre adopte un positionnement différent. Il s'agit alors expressément de s'affranchir des conventions collectives de branche, souvent au motif que celles-ci sont inadaptées à la spécificité de l'activité ou de l'entreprise, mais parfois sans justification aucune³⁹. Tel le cas de nombreux accords collectifs portant sur l'annualisation ou la modulation du temps de travail⁴⁰. La référence aux dispositions légales issues des ordonnances du 22 septembre 2017 apparaît alors de manière explicite. Une « logique d'émancipation » gouverne ainsi de nombreux accords collectifs ouvrant le recours aux forfaits jours dans les bureaux d'étude, au motif que la convention collective dite « Syntec » serait trop restrictive (p. 84), la référence à la convention collective de branche étant en même temps mobilisée pour s'assurer que le recours aux forfaits est conforme aux exigences dégagées par la Cour de cassation et reprises par le législateur (p. 87). Ainsi, jugée trop restrictive dans la détermination des situations ouvrant la possibilité des forfaits, la convention de branche est écartée avant d'être remobilisée lorsqu'il s'agit d'en sécuriser le recours.

La mise à l'écart est également systématique dans les accords collectifs portant sur les heures supplémentaires qu'il s'agisse d'aménager le niveau du contingent ou d'en moduler les compensations (p. 101)

³⁹ Une formule revient souvent : « Le présent accord est conclu en application des articles L. 2253-1 à 3 du Code du travail qui autorisent l'accord d'entreprise à déroger à l'accord de branche ... » ou encore que l'accord est conclu « dans le cadre de l'ordonnance relative au renforcement de la négociation collective » et qu'il « peut déroger à la convention collective applicable selon les dispositions des articles L. 2253-1 à L. 2253-3 », ex. accord, (T02618000568)

⁴⁰ Comme indiqué dans les données quantitatives générales, les accords collectifs portant sur l'annualisation et la modulation du temps de travail sont nombreux. Les analyser au regard des différentes dispositions conventionnelles de branche représentait un travail considérable, non envisageable dans les temps de la présente recherche. V. not. Accord T06920009963 ; Accord T07420003231 ; Accord T04319000713 ; Accord T04319000712 ; Accord T06919008629 ; Accord T02619001350 ; Accord T06919007558 ; Accord, T06919006868 ; Accord T03819002801 ; Accords T02619000775 et T02619000774 ; Accord T00119000949...

Plus radical est cet affranchissement dans le corpus d'accords relatif au secteur du transport sanitaire, puisque les accords souhaitent revenir sur un horaire d'équivalence que la convention de branche n'autorise plus, à la suite notamment d'une décision de la Cour de Justice de l'Union Européenne⁴¹ déclarant contraire à la directive 93/104/CE du 23 novembre 1993 sur l'aménagement du temps de travail un système d'heures d'équivalence dans ce secteur (p. 159). Dans cette hypothèse-là, mettre à l'écart la convention collective de branche aboutit à contrevenir non seulement aux dispositions du Code du travail qui imposent un accord de branche étendu ou un décret pour le recours aux heures d'équivalence, mais aussi aux règles du droit de l'Union Européenne (p. 165).

2. Des accords moins favorables que les dispositions conventionnelles de branche

S'affranchir des dispositions d'un texte ne signifie pas automatiquement y déroger dans un sens moins favorable pour les salariés. Il peut s'agir de « faire autrement », plus adapté au contexte de l'entreprise, à ses contraintes spécifiques.

Tel est peut-être le cas dans certains accords et ceux-ci peuvent ne pas avoir été repérés au travers des différentes lectures de textes engagées. Il n'a en effet pas été possible de lire l'intégralité des 1128 accords collectifs de la base de données. Mais quand bien même ceux-ci existeraient, ils seraient en nombre limité. Les accords collectifs lus et ceux qui ont fait l'objet d'une analyse fouillée nourrissant les études figurant en partie 2 du présent rapport, dérogent, lorsqu'ils déclarent s'affranchir des dispositions devenues supplétives de la convention de branche, tous dans un sens moins favorable aux salariés. La dérogation aux dispositifs conventionnels est forte, elle porte aussi sur les dispositions conventionnelles de branche.

L'étude des accords portant sur les heures supplémentaires est sur ce point édifiante (p. 89). 92% des accords portent une augmentation du contingent d'heures supplémentaires, parfois dans des proportions qui conduisent dans les faits à priver les salariés de tout droit supplémentaire au repos (p. 93). En moyenne, le contingent conventionnellement prévu au

⁴¹ CJCE, 1er décembre 2005, affaire C-14/04, *Abdelkader Dellas et autres contre Premier ministre et Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité*.

niveau de la branche est accru de 113%, soit plus que doublé. Le constat d'un accord d'entreprise, parfaitement conforme à la loi, fixant un contingent d'heures supplémentaires à 572h met en évidence la nécessité d'une réglementation d'ordre public plafonnant ces volumes, faute de quoi le « *droit à une contrepartie obligatoire sous forme de repos* » prévu par l'article L. 3121-30 du Code du travail peut aisément être vidé de sens.

Dans le même ordre d'idée, et pour ne mentionner que les grandes tendances relevées, rétablir des heures d'équivalence, conduisant à ne retenir qu'un pourcentage du temps de travail comme temps de travail effectif, aboutit à dégrader les conditions de travail et d'emploi des salariés (p. 117). Mettre en place des forfaits jours pour des catégories d'emploi non prévues par les accords de branche produit le même effet (p. 69). Et même lorsqu'il a été question d'étudier les usages identifiés du recours au référendum dans les TPE, visant à prolonger les dispositions conventionnelles de branche, reposant sur l'étude d'accords construits sur des modèles diffusés par une organisation patronale, dans le respect de la CCN (p. 119), on trouve des accords s'affranchissant dans un sens moins favorable de ces dispositions conventionnelles⁴². Nombreux sont aussi ceux qui, tout en mettant en œuvre les préconisations de la branche, portent dérogation au contingent d'heures supplémentaires qu'elle fixe (p. 151).

C. L'accompagnement des entreprises

La lecture des accords collectifs de la base a conduit à constater la présence de nombreux accords collectifs identiques ou quasiment identiques, c'est-à-dire reposant sur un modèle commun, témoignant d'un accompagnement des structures employeur (1). Ce constat doit être mis en perspective avec la possibilité ouverte par la loi du 8 août 2016 d'élaborer des « accords-types » (2). Cet accompagnement des entreprises contraste avec l'isolement des salariés, encore plus fort lorsque le salarié est l'unique salarié de l'entreprise (3)

⁴². V. not. Accord T02620001957.

1. Derrière les accords identiques, des sources communes

Repérer des séries d'accords identiques au sein d'une base de données contenant 1128 références d'accords atteste de l'importance quantitative de ceux-ci. Impossible d'avoir connaissance de cet élément sans télécharger et lire les accords, l'étude ne prétend donc pas à l'exhaustivité sur ce point (V. sur les repérages, p. 43). Mais avoir noté la présence de ces accords jumeaux lors de lectures aléatoires en renforce le caractère récurrent. Faut-il s'en étonner ? Sans doute non. Les accords collectifs portent sur des questions complexes, sur lesquelles l'état du droit positif est difficilement accessible aux non-juristes. Ils sont techniques, contribuent à définir les conditions d'emploi et de travail, et peuvent nourrir un contentieux que les entreprises préféreront toujours éviter.

Identifier ces « accompagnants » était un objectif de la recherche. Le réaliser a été rendu difficile du fait du contexte sanitaire et, sans doute aussi, d'une forme de discrétion entourant cette activité. Des éléments peuvent être supposés, s'agissant de l'intervention de cabinets comptables par exemple (p. 43), d'autres avancés lors des échanges avec les signataires d'APC, qui ont mobilisé les services d'avocats en droit social (p188). Les fédérations patronales sont également en mesure de jouer un rôle dans la diffusion de ces accords. Elles disposent de l'outillage juridique, d'une connaissance du secteur et des attentes de leurs adhérents, dont elles peuvent d'ailleurs être proches, y compris dans leur structuration géographique. L'étude portant sur le contenu d'accords adoptés sur une période de quelques mois dans les entreprises du paysage, dans le prolongement de la conclusion d'un avenant à la convention collective de branche, donne à voir une illustration de cette forme d'accompagnement (p. 119). Dans ce cas particulier, l'accompagnement a été pris en charge par la principale fédération patronale du secteur, qui a largement communiqué sur le sujet et mis à disposition de ses adhérents notes d'information et modèles d'accords adaptés à l'effectif et la présence ou non d'un CSE dans les structures (très majoritairement des TPE). Comme il apparaît sur le site internet de l'organisation en question, consigne était donnée de ne pas reprendre en l'état ces accords. Elle a été en grande partie respectée. Ainsi, chaque accord est sur certains points similaire (même préambule, mêmes formulations) et sur d'autres distinct (adaptation à la situation géographique, insertion ou non d'une annualisation du temps de travail, augmentation dans des proportions variables du contingent d'heures supplémentaires...).

2. Des modèles comme alternative aux accords-types de la loi du 8 août 2016 ?

La loi du 8 août 2016 a prévu la possibilité d'adopter des « accords-types » au niveau des branches, à l'image de ce qui existait depuis la loi du 3 décembre 2008 s'agissant des accords d'intéressement ou de participation. Prévus à l'article L. 2232-10-1 du Code du travail, ces accords types sont négociés au niveau des branches et prévoient différents choix laissés à l'employeur. C'est ensuite « *au moyen d'un document unilatéral indiquant les choix qu'il a retenus après en avoir informé les salariés par tous moyens* » que l'application de l'accord-type est rendue possible dans l'entreprise. Ces accords-types peuvent concerner l'ensemble des négociations prévues par le Code du travail.

La diffusion par une organisation patronale de modèles tels qu'identifiés par la présente étude, ne saurait être assimilée au recours aux accords-types. Les modèles en question sont élaborés unilatéralement par l'organisation patronale, ils ne sont pas le fruit d'un dialogue et encore moins d'un accord au niveau de la branche. Pareil accord supposerait l'accord des organisations syndicales qui y sont représentatives. De plus, ces modèles ne sont « que » modèles, c'est-à-dire qu'ils peuvent être modifiés, adaptés, au niveau de chaque entreprise. Autrement dit, quand bien même seraient-ils proches de la convention de branche, à la négociation et conclusion de laquelle l'organisation patronale en question a œuvré, ils ne sont en rien contraignants dans leur contenu, à la différence des accords-types prévus par le Code du travail.

Le dispositif « accords-types » n'a pas rencontré en pratique le succès escompté et la suppression par les ordonnances du 22 septembre 2017 de la condition qu'ils soient étendus en a encore limité la portée. Non seulement, l'extension contribuait à garantir la légalité de l'accord en raison du contrôle effectué à cette occasion par le ministère du travail, mais elle assurait la portée du texte. À supposer qu'ils existent, des accords-types non étendus ne pourraient être mobilisés unilatéralement que par les entreprises adhérentes aux organisations patronales signataires.

Surtout, la possibilité d'obtenir un accord d'entreprise par référendum dans l'entreprise vient rendre inutile le recours à un accord-type dont la négociation peut être délicate au niveau de la branche et davantage contraignant puisqu'il empêche toute adaptation entreprise par entreprise. On relèvera toutefois que dans l'hypothèse travaillée dans la présente étude (les entreprises du paysage), les modèles sont diffusés par l'unique organisation patronale du

secteur. Le risque d'une forme d'éloignement, pour ne pas dire d'affranchissement, des dispositions conventionnelles de branche, à la réalisation desquelles elle a, par hypothèse, œuvré, n'existe pas. Mais cette situation n'est pas générale et, dans nombre de secteurs d'activité, plusieurs organisations patronales sont représentatives, ce qui laisse entrevoir la possibilité de positionnements différents. Dans ce cadre, il n'est pas exclu que l'une d'elles assure la diffusion de modèles entrant en opposition avec l'accord de branche auquel elle ne souscrit pas.

3. L'isolement du salarié, en particulier lorsqu'il est l'unique salarié de l'entreprise

Mise en perspective avec cet accompagnement patronal efficace, la situation des salariés semble déséquilibrée. Certes, ceux-ci peuvent toujours se rapprocher d'une organisation syndicale, mais rien dans l'encadrement légal du dispositif ne contraint l'employeur à les informer de ce droit. Il s'agit donc d'un droit dont la réalisation effective n'est aucunement garantie (p. 19).

De plus, s'adresser aux organisations syndicales supposent que celles-ci soient structurées et effectivement présentes localement, ce qui pose difficulté dans des secteurs d'activité dominés par des petites ou très petites entreprises. C'est une organisation davantage nationale et fédérale qui domine alors, l'activité syndicale étant principalement tournée vers la négociation des conventions et accords collectifs de branche, faute de pouvoir se conjuguer à l'action menée par des élus dans des entreprises qui n'atteignent pas les seuils requis pour que leur présence soit envisagée. Ainsi, dans le secteur du paysage, la proximité de l'organisation patronale vis-à-vis de ses adhérents tranche avec l'éloignement des salariés des structures syndicales. Les organisations syndicales sont en effet peu présentes au niveau local, à la fois car peinant à trouver leur place au sein des unités locales et car orientant leur action vers la négociation de branche, seul niveau auquel la négociation est possible avec elles (p. 122).

Cet isolement est encore renforcé lorsque le salarié est l'unique salarié de l'entreprise. La loi ne fixant aucun seuil minimum d'effectif pour ouvrir la voie à un accord qu'elle qualifie « accord d'entreprise », le salarié est alors le seul à être consulté. La situation n'est pas rare (p. 42), elle n'en porte pas moins un brouillage fort des frontières, entre le particulier et le général d'une part, entre l'individuel et le collectif d'autre part (p. 72).

D. La faible visibilité des résultats d'une négociation

L'absence d'études de terrain, sauf pour ce qui concerne la négociation des accords de performance collective (p. 171), ne permet pas de rendre compte, de manière générale, du processus concret engagé dans les entreprises du panel pour aboutir à ces accords. Mais la part de la négociation pourrait apparaître dans les accords eux-mêmes, notamment au travers de contreparties (lesquelles peuvent, il est vrai, être accordées sans avoir été négociées). Or celles-ci sont souvent peu visibles (1). Plus ennuyeux, l'ambiguïté de certains préambules amène à s'interroger sur la qualité même du consentement exprimé par les salariés (2).

1. *Des contreparties souvent peu visibles ou inexistantes*

L'usage récurrent de modèles nourrit le sentiment d'une faible négociation des dispositifs prévus dans les accords. Certes, la lecture des accords des différents panels donne à voir quelques différences, nuances (p. 139, s'agissant des entreprises du paysage). Mais l'appropriation des modèles semble limitée. S'agissant des contreparties prévues pour compenser une sujétion particulière (non prise en compte du temps de déplacement comme du temps de travail, par exemple), les différences restent dans des proportions très réduites. Certaines initiatives aboutissent même à des stipulations bien curieuses dans certains accords⁴³.

Peu de contreparties également à l'augmentation des contingents d'heures supplémentaires : une prime exceptionnelle est accordée dans un accord⁴⁴, des jours de repos dans un autre⁴⁵. Mais surtout, en ce domaine la contrepartie affichée dérange. Elle est présentée comme la possibilité de faire davantage d'heures supplémentaires, et donc de gagner en pouvoir d'achat, alors que tel n'est pas l'objet desdits contingents (p. 106).

⁴³Un accord prévoyant par exemple que « Si vous avez trop de congés cumulés à la suite de longue période d'arrêt, vous pourrez poser des jours dans l'hiver, lorsqu'il pleut », accord d'entreprise relatif à la durée du travail, T07320002357.

⁴⁴ Accord T00119001333

⁴⁵ Accord T00119001339

Dans certains cas, il ne peut même plus être question de contrepartie car l'accord procède à la suppression pure et simple d'avantages et de primes institués par la convention collective de branche⁴⁶ sans qu'aucune compensation ne soit prévue.

Les accords de performance collective, conclus dans des contextes bien particuliers détonnent à cet égard, ceux négociés dans un contexte de crise (conséquence de la crise sanitaire) offrant davantage de contreparties que ceux négociés auparavant (p. 171). Dans les deux cas cependant, il résulte des entretiens menés que les processus de négociation ont été déficients (p.184).

2. *L'ambiguïté de certains préambules*

Au-delà même de la question d'une contrepartie et de sa consistance, le travail d'analyse des accords a conduit à observer que certains préambules présentent des ambiguïtés sur le contexte conduisant l'entreprise à soumettre le projet unilatéralement construit à la consultation des salariés. Ces ambiguïtés interrogent en ce qu'elles véhiculent des arguments erronés au soutien de l'accord, mais que les salariés ne sont sans doute pas en mesure de déceler. Seul un appui extérieur le permettrait, or rien dans les textes ne permet de le garantir.

Le constat a été opéré dans deux études. Celle concernant les heures supplémentaires et celle concernant le secteur du transport sanitaire.

Tous les accords ayant pour objet principal les contingents d'heures supplémentaires comportent une analyse ou bien erronée ou bien tronquée de ce qu'est l'enjeu desdits contingents. Ils présentent en effet celui-ci comme limitant pour l'entreprise les possibilités de recours aux heures supplémentaires (p. 96). Si tel a en effet été le cas initialement, tout dépassement étant auparavant soumis à autorisation de l'inspecteur du travail, la situation est bien différente aujourd'hui (p. 89). L'employeur peut demander aux salariés d'effectuer des heures supplémentaires au-delà du contingent⁴⁷, celles-ci ouvrant alors un « *droit à une*

⁴⁶ Accord T06919006681

⁴⁷ Le cas échéant après consultation du CSE, qui par hypothèse n'est pas institué dans les entreprises de notre échantillon

contrepartie sous forme de repos »⁴⁸, qui s'ajoute à la majoration de salaire. Mais les accords, dont la diffusion est parfois réalisée au moyen de modèles, motivent tous l'augmentation du contingent par la possibilité, pour les salariés, de faire davantage d'heures supplémentaires, ce qui leur permettra, comme il est parfois expressément indiqué, de « gagner plus », l'augmentation du pouvoir d'achat induit par l'accord (p. 99). Certes, la perspective de ne pas avoir à accorder un repos compensateur peut être vue par les entreprises comme de nature à faciliter la réalisation d'heures supplémentaires, mais alors, l'objet de l'accord (à savoir reculer le seuil d'acquisition du repos compensateur obligatoire), n'est jamais évoqué dans les accords soumis à ratification par les salariés.

La même ambiguïté ressort des accords étudiés dans le secteur du transport sanitaire lorsqu'il est affirmé que l'avenant à la convention de branche excluant la possibilité d'heures d'équivalence est contraire aux intérêts des salariés, que cet avenant ne s'applique pas (et qu'il est donc possible de revenir à la version antérieure de l'accord), ou qu'il s'applique mais de manière supplétive (p. 165). Qu'il s'agisse d'erreurs ou d'omissions, ces énoncés des préambules des accords collectifs soumis au vote des salariés posent difficulté. Peuvent ainsi être mises en discussion des questions tenant à l'intégrité du consentement, l'accès au droit, sans doute aussi l'intelligibilité de la règle de droit.

E. Une sécurisation en trompe l'œil ?

Sécuriser les relations de travail, limiter les contentieux sont des objectifs récurrents des réformes du droit du travail engagées ces dernières années. Cet objectif innerve également la négociation collective et transparaît dans les accords collectifs, y compris ceux conclus dans les très petites entreprises. L'argument est tantôt textuellement évoqué (cf les accords relatifs aux forfaits jours, p. 69), tantôt sous-jacent (cf les accords conclus par les entreprises du paysage, p. 119). Pourtant, l'étendue de la sécurisation recherchée n'est pas si certaine à lire les contenus de certains accords, voire de certaines séries d'accords

Comme il a été souligné précédemment, les accords portant sur les heures supplémentaires prêtent à discussion concernant la qualité du consentement exprimé par les salariés. Néanmoins,

⁴⁸ C. trav. art. L. 3121-30

ils sont par ailleurs parfaitement conformes à la loi et l'on voit difficilement sur quel autre fondement ceux-ci pourraient être mis en cause devant un juge. Difficile de faire le même constat s'agissant des autres corpus d'accords étudiés, en particulier ceux concernant les entreprises de transport sanitaire, les entreprises du paysage et les accords ouvrant aux forfaits en jours.

Le système d'équivalence mis en place par la série d'accords conclus par les entreprises de transport sanitaire est illégal, la question ne fait aucun doute. Si les délais pour demander la nullité de ces accords sont depuis longtemps écoulés⁴⁹, il reste sans doute possible d'invoquer pareille nullité par voie d'exception, à l'occasion d'un contentieux prud'homal par exemple.

Les accords conclus sur la base des modèles diffusés auprès des entreprises du paysage s'inscrivent dans un contexte de fort contentieux, sur une question lourde d'enjeux (p. 119 et s., spé. p.126). Ainsi, la diffusion des modèles auprès des entreprises a été accompagnée d'un discours mettant en avant la nécessaire sécurisation des questions relatives aux temps de déplacements. Cela étant, à de rares exceptions près, la lecture des accords donne à voir un montage visant à terme à exclure la qualification « temps de travail effectif » pour le temps passé à rejoindre les chantiers. Ce montage passe par l'expression de « choix » par les salariés, par l'affirmation de l'absence totale de contrainte exprimée par l'employeur. Ainsi le passage au dépôt étant librement choisi, le temps de déplacement qui suit pour se rendre sur le chantier n'est pas du temps de travail effectif. Il en irait autrement si ce choix était dicté par l'employeur. Mais il ressort des termes mêmes des accords que ces « choix » ne s'expriment pas toujours librement, par exemple lorsque l'accord indique que les salariés font le choix de passer par le dépôt, pour la bonne organisation de l'activité de l'entreprise⁵⁰, ou encore qu'en « *ratifiant l'accord, le salarié choisit de passer au dépôt pour être transporté sur les chantiers par les véhicules de l'entreprise* »⁵¹ (ou encore lorsque l'accord prévoit l'usage de questionnaires signés par les salariés pour recueillir leur choix), (p. 142 et s.).

⁴⁹ L'article L. 2262-14 du Code du travail, issu de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017, enserme la possibilité d'agir en nullité d'un accord collectif dans un délai de deux mois à compter de la publication de l'accord.

⁵⁰ Accord collectif « temps de déplacement sur les chantiers et modalités d'indemnisation », conclu le 20 décembre 2019, réf. T06919009099

⁵¹ Accord collectif relatif à la durée du travail, conclu le 10 janvier 2020, réf. T03820004558 ; Accord d'entreprise relatif à la durée du travail, conclu le 20 décembre 2019, ref. T00320000774

Le masquage de temps de travail effectif apparaît également lorsque les accords prévoient des décomptes forfaitaires des temps de travail accomplis avant ou après chantier, dans le dépôt (p. 151). Et le doute s'installe alors sur l'intensité de la sécurisation ainsi apportée : la qualification « temps de travail effectif » est d'ordre public et il est patent que les dispositifs conventionnels éloignés des réalités du travail sont facteurs de contentieux, en témoigne celui, récurrent, relatif au forfaits-jours.

Sur cette question, l'existence d'accords collectifs relatifs aux forfaits jours prévoyant des dispositifs de contrôle de la charge de travail moins exigeants que ceux prévus par la convention collective de branche laisse entrevoir que la sécurisation n'est pas totale. Et quand bien même les accords se conforment aux exigences de la convention collective dite « Syntec », le fait qu'ils ouvrent largement l'accès aux forfaits lorsque celle-ci ambitionne précisément de le restreindre à la suite de l'annulation du précédent système par la Cour de cassation fait douter des chances de réussite du pari de la sécurisation ainsi pris (p. 87)

Ce constat conduit à souligner la nécessité d'une régulation de cette production conventionnelle, semblant trop souvent échapper à tout contrôle.

F. Un brouillage des repères structurant le droit de la négociation collective

Si recourir au référendum pour adopter des accords collectifs dans les petites entreprises n'est pas nouveau, sa généralisation, l'ouverture aux dérogations, tant à la loi qu'aux conventions de branche qu'il rend possible, en font un dispositif bien singulier (p. 11). De ce point de vue, l'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017 ne se contente donc pas d'étendre un mécanisme connu. Elle emporte, en droit, rupture avec des repères structurant le droit de la négociation collective. L'analyse des accords collectifs, produits de cette réforme, met en lumière des éléments connus, telle l'absence de représentation des intérêts des salariés (1). La mise en œuvre du référendum brouille également les frontières entre contrat et accord collectif (2) et exige de prendre en considération la proximité immédiate du chef d'entreprise, derrière l'écran de la personne morale (3).

1. L'absence de représentation des intérêts des salariés

Depuis 1971, la loi reconnaît aux salariés un droit à la négociation collective, droit dont les agents d'exercice ont toujours été leurs représentants. Le recours au référendum, s'il contribue à faciliter l'adoption d'accords collectifs permettant d'aménager les conditions d'emploi et de travail dans les petites et très petites entreprises, met à l'épreuve la réalisation de ce droit (v. p. 23). L'absence de toute représentation des intérêts collectifs des salariés, de tout mandat, qu'il soit électif ou syndical, ampute leur capacité à construire ensemble une réflexion autour du projet d'accord qui leur est soumis. Le processus ici à l'œuvre ne consiste pas en une négociation, même si évidemment l'existence d'échanges et d'un dialogue n'est pas exclue. Est-il de nature à favoriser de futurs échanges ? Rien ne l'exclut, évidemment⁵².

Une enquête de terrain aurait peut-être permis de mettre en évidence l'existence, dans certains cas, d'un processus de dialogue, que l'on aurait alors qualifié de vertueux ou même de social. Aurait-il été possible de déceler, au détour de certains accords particuliers, les traces de ce dialogue ? Même si certains accords, très minoritaires, portent la trace de contreparties accordées aux salariés, il serait bien aventureux d'en conclure que celles-ci ont été le résultat d'une négociation ou d'un dialogue. Celles-ci peuvent tout aussi bien avoir été envisagées dès l'origine par l'employeur, certains accords soulignant d'ailleurs les enjeux pour l'entreprise de la fidélisation des salariés. L'étude portant sur les APC révèle ainsi que c'est d'avantage le contexte dans lequel l'accord est conclu que le processus de son adoption qui en guide le contenu. Certains accords, conclus en période de crise sanitaire, comportent aussi un renoncement au pouvoir de licencier (p.179).

2. La figure du contrat derrière celle de l'accord collectif

L'absence de représentation des salariés dans les échanges rend confuse toute identification d'intérêts collectifs habituellement portés dans les négociations collectives. La consultation individuelle de chaque salarié par le référendum peine parfois à se distinguer d'un engagement de type contractuel. Le constat est évident lorsque l'accord, dit collectif par la loi, est conclu

⁵² Les accords collectifs étudiés dans le cadre du présent rapport prévoient souvent des commissions de suivi. Il s'agit souvent de formules reproduites à l'identique.

dans une entreprise n'employant qu'un salarié (p. 72), il apparaît aussi à la lecture de certains accords obtenus dans des structures dont l'effectif est plus important.

Ainsi, a fréquemment été relevée la mention suivante⁵³ : (*) *Faire précéder la signature de la mention manuscrite « Lu et approuvé ». Toutes les pages du présent contrat devront être paraphées par les deux parties*

Cette forme d'entremêlement entre expression d'une approbation d'un acte à vocation collective et engagement individuel est ressortie de manière très forte dans certaines analyses (v. en particulier, concernant les entreprises du paysage, p. 142 et s.). De nombreux accords collectifs se réfèrent à une organisation du travail ouvrant à la possibilité d'un choix accordé aux salariés tout en contenant aussi l'expression dudit choix.

3. La proximité du chef d'entreprise derrière la personne morale employeur

Ces accords collectifs sont conclus entre l'employeur, personne morale, et les salariés, qui se sont collectivement prononcés pour ou contre le texte proposé. Ils engagent la personne morale et s'appliqueront à tous les contrats de travail qu'elle conclura. Telle est la figure classique d'un accord collectif. Mais ces accords sont adoptés dans des très petites entreprises, des personnes morales n'employant que quelques salariés, parfois un seul. Le chef d'entreprise, celui qui représente la personne morale, qui tient la plume pour rédiger l'accord, organise la consultation mais aussi exerce le pouvoir de direction, est tout proche. Nier cette proximité ou refuser de la voir conduit à s'inscrire dans une fiction. La fiction d'un texte négocié comme il pourrait l'être dans une structure importante, avec des représentants bien souvent salariés de la personne morale d'un côté et des représentants des salariés de l'autre.

La portée de ces accords collectifs, leur contenu tel qu'il est mis en lumière dans ce rapport, exige de ne pas s'en tenir à cette fiction et d'en révéler les enjeux et les conséquences pour les collectivités de travail.

⁵³ Accord T07320002388 ; Accord T04220003275 ; Accord T02620002145 ; Accord T04220002835 ; Accord T03819004288 ; Accord T06919008481 ; Accord T03819003994 ; Accord T06919008369 ; Accord T07319001020 ; Accord T07319001735. Ou encore, Accord T0381900316.

Partie 2. Études de corpus d'accords

- I. Les forfaits annuels en jours institués par la voie du référendum (p. 69 et s.)
- II. Analyse des accords sur les heures supplémentaires (p. 89 et s.)
- III. Le recours au référendum dans les TPE du paysage (p. 119 et s.)
- IV. Les TPE du transport sanitaire : la question des heures d'équivalence (p. 155 et s.)
- V. Les accords de performance collective (p. 171 et s.)

I. Les forfaits annuels en jours institués par la voie du référendum

Nous présenterons dans un premier temps le constat qui nous a conduit à investir les accords relatifs aux forfaits annuels en heures et en jours ainsi que les démarches accomplies dans ce cadre (A). Les résultats auxquels nous sommes parvenus seront exposés dans un second temps, en suivant les axes de recherches que nous avons retenus : l'hypothèse, loin d'être marginale, d'un accord collectif adopté par un seul salarié (B), et les accords adoptés dans les TPE dans leurs rapports avec la convention Syntec (C).

A. Constat, démarches et terrains d'analyse.

1. *Un constat : la fréquence des accords portant sur les forfaits*

Le travail effectué afin de répertorier avec exactitude les objets de négociation d'un certain nombre d'accords (environ 300 sur la base d'accords fournis par la Direccte) qui n'affichaient pas dans leur intitulé leur contenu, ou présentaient celui-ci de manière trop imprécise, a permis de constater la fréquence des accords portant sur le temps de travail. Cette observation, en soi assez banale en ce qu'elle confirme l'importance stratégique de la maîtrise et de l'organisation du temps de travail aussi bien pour les très petites entreprises que pour les structures dotées d'effectifs plus importants, a été complétée par un second constat. Au sein même de cet objet de négociation, la récurrence des accords portant en totalité ou en partie sur les forfaits a retenu l'attention à plus d'un titre. D'une part, le mécanisme des forfaits jours ne concerne pas tous les salariés : seuls certains d'entre eux y sont « éligibles », les cadres ou certains salariés dotés de responsabilités et dont les modalités de travail ne s'accommodent guère d'un décompte horaire du temps de travail. Or le caractère restreint des destinataires d'un tel dispositif n'empêche visiblement pas ce dernier d'être prisé dans les structures à très faible effectif. D'autre part, le forfait jours est soumis à un régime juridique spécifique et complexe, qui a fait

l'objet d'un important contentieux et d'une jurisprudence mobilisant des arguments fondés sur des textes supranationaux. La question de l'appropriation de ce régime juridique dans les petites structures ne pouvait qu'être interrogée.

Dans les deux registres évoqués, les accords portant sur les forfaits jours méritaient qu'on les examinât de plus près. Concernant leur récurrence dans les très petites entreprises (effectifs inférieurs à 20 salariés), un facteur est venu éclairer le constat. En effet, un certain nombre d'accords se réfèrent à la convention de branche applicable : la convention dite « Syntec ». De fait, bien des entreprises de faible effectif développent une activité de conseil, consultation et/ou expertise reposant sur un personnel peu nombreux mais très qualifié, parfaitement éligible à un dispositif en forfait jours. Or les précisions apportées en droit positif par la Cour de cassation sur ce régime juridique ont amené les acteurs sociaux de ce secteur à prendre position en concluant une convention de branche en phase avec les exigences juridiques en vigueur. Les possibilités ouvertes par les ordonnances de septembre 2017 pour les négociateurs d'entreprise au regard du contenu des conventions de branche ont incité à étudier de plus près le positionnement des TPE de ce secteur en la matière. Il est dès lors apparu pertinent de sélectionner les accords à examiner au regard de trois critères : un contenu portant sur les forfaits, une validation à la majorité des deux tiers du personnel par referendum et enfin la mention de la convention Syntec comme convention de branche applicable.

2. La démarche

Le travail a abouti à retenir, après filtrages successifs, 72 accords qui ont pu faire l'objet d'une consultation plus détaillée permettant un relevé sur plusieurs points d'analyse : outre les effectifs et les dates de « conclusion » (permettant d'avoir des informations sur la procédure de validation et de relever des incohérences), les stipulations relatives aux procédures concernant l'accord lui-même (révision, dénonciation, suivi) ont fait l'objet d'une lecture plus attentive, car il est rapidement apparu que ces domaines pouvaient receler des règles originales. Surtout, les préambules se sont révélés précieux sous un double aspect : ils sont parfois pourvoyeurs d'informations sur les procédures de validation (dans certains cas abondamment détaillées) et aussi sur les motivations qui ont présidé à la rédaction de ces textes soumis à l'approbation des salariés.

Par ailleurs, le recensement des effectifs a conduit à constater un nombre inattendu de textes validés dans des entreprises déclarant n'employer qu'un seul salarié, peu important le secteur d'activité dans lequel elles interviennent : 21.

3. *Terrains d'analyse*

Les accords relatifs aux forfaits annuels apparaissent comme un terrain d'analyse pertinent pour mesurer « l'impact » des ordonnances du 22 septembre 2017 sur le « dialogue social » mené au sein des entreprises de la région Auvergne Rhône-Alpes (AURA). Deux raisons fondent cette affirmation.

La première tient à la faculté conférée à une TPE d'adopter un accord d'entreprise par referendum, sans avoir à respecter un seuil minimal d'effectif. Un *accord collectif* peut donc être adopté dans une entreprise qui compte un seul salarié si celui-ci y consent. Cet accord peut avoir pour objet, notamment, d'instaurer un dispositif de forfait annuel en jours ou en heures au sein de l'entreprise. L'analyse des accords adoptés au sein de la région AURA nous montre que la ratification d'un accord relatif aux forfaits par le seul salarié de l'entreprise n'est pas une situation marginale. Comme nous l'avons signalé, 21 accords relatifs aux forfait annuels ont été adoptés de cette façon. Semblable pratique interroge sur la compatibilité du forfait annuel avec le referendum organisé dans les plus petites entreprises. En effet, alors que le régime du forfait annuel se caractérise par une distinction marquée entre la convention individuelle de forfait et l'accord collectif qui institue ce dispositif, l'hypothèse d'un accord ratifié par le seul salarié de l'entreprise brouille les frontières originelles entre le collectif et l'individuel, le conventionnel et le contractuel.

L'autre raison qui nous incite à investir le champ des accords relatifs aux forfaits annuels tient à l'articulation des normes conventionnelles inaugurée par les ordonnances du 22 septembre 2017. La primauté de l'accord d'entreprise sur l'accord de branche – y compris lorsque le premier est validé par referendum – est dorénavant le principe. Les aspects sur lesquels l'accord de branche serait doté d'une plus grande autorité sur l'accord d'entreprise font figure d'exceptions, limitativement énumérées par les articles L. 2253-1 et L. 2253-2 du Code du travail. Les accords adoptés dans les TPE soumises à la convention Syntec montrent que les acteurs se saisissent de cette nouvelle articulation des normes afin de se doter d'un régime de

forfaits propre à l'entreprise qui prend ses distances et s'émancipe, en partie, de la convention de branche qui lui est applicable.

La recherche engagée au titre des accords relatifs au forfait annuels suit donc deux directions différentes. En fonction de la direction qui est suivie et du thème qui est investi, nous nous appuyons sur l'analyse d'un échantillon d'accords différemment constitué.

L'hypothèse de l'accord collectif adopté par un seul salarié a d'abord été investie (B). Elle s'appuie ici sur l'étude d'un échantillon de 21 accords sélectionnés selon les trois critères cumulatifs suivants : accords adoptés à la majorité des deux tiers ; accords relatifs aux forfaits ; entreprise d'un seul salarié (peu important le secteur d'activité).

La seconde hypothèse envisagée a trait aux rapports entre les accords adoptés dans les TPE et la convention Syntec (C). La recherche s'est appuyée ici sur l'étude d'un échantillon de 33 accords sélectionnés selon les quatre critères cumulatifs suivants : accords adoptés à la majorité des deux tiers ; accords relatifs aux forfaits ; entreprises soumises à la convention Syntec ; accords se référant aux ordonnances du 22 septembre 2017 (ou aux dispositions légales qui en sont issues) et/ou à la convention Syntec.

B. L'accord collectif adopté par un seul salarié

L'hypothèse d'un « accord collectif » adopté par un seul salarié est de prime abord surprenante. Elle se manifeste pourtant au travers de ces 21 accords que nous avons pu identifier. Chaque accord instaure le forfait annuel en heures ou en jours au sein de l'entreprise à partir de la signature de son seul salarié. Telle pratique est susceptible d'entraîner un brouillage des frontières, entre le particulier et le général d'une part, entre l'individuel et le collectif d'autre part. La frontière entre le particulier et le général est d'une part brouillée à partir du moment où le consentement d'un ou de deux salariés (dont l'anonymat sera impossible voire très difficile à faire respecter) est à la source d'une norme générale, d'effet *erga omnes*, conduite à régir les conditions de travail de tout salarié de l'entreprise, actuel et futur. Ce phénomène, propre à tout accord collectif ratifié par un ou quelques salariés, pourra s'observer à l'analyse de tout accord collectif adopté dans les TPE, peu important le thème envisagé, qu'il s'agisse du temps de travail ou de tout autre aspect des conditions de travail. Sur ce terrain de la confusion entre particulier et général, il est significatif de constater que peu d'accords (4 sur

21, soit 19,04 %⁵⁴) mentionnent explicitement la présence d'un seul salarié dans l'entreprise. Dans la plupart des cas, les accords se réfèrent aux « salariés » ou au « personnel ». Si cette rédaction se conçoit pour les stipulations à caractère normatif de l'accord collectif dans la mesure où celles-ci sont envisagées comme ayant vocation à anticiper l'hypothèse du recrutement ultérieur d'autres salariés (ce qui est parfois expressément envisagé par l'accord⁵⁵ ou est suggéré de manière implicite par un objet débordant plus ou moins largement de la question des forfaits annuels⁵⁶), il n'en demeure pas moins que cela conduit à renforcer le brouillage évoqué. Dans le cadre du préambule des accords, toutefois, plus rien ne permet d'expliquer, dans l'écrasante majorité de cas (80,96 %, donc), le fait que soit passé sous silence la présence d'un salarié unique. On touche ici, à la seconde confusion générée par la configuration étudiée : la confusion entre individuel et collectif.

Concernant la question des forfaits annuels, l'accord collectif ratifié par l'unique salarié d'une entreprise produit un brouillage entre l'individuel et le collectif. Ne pas mentionner dans le préambule des accords le fait que ces derniers sont validés par le salarié ou la salariée qui constitue l'intégralité du personnel de l'entreprise pourrait être mis sur le compte d'habitudes, de routines dans la rédaction des accords. Il permet surtout d'occulter la singularité de la situation. En cette matière pourtant, la distinction entre l'accord individuel et l'accord collectif est au départ structurante. Il revient en effet à l'accord collectif d'autoriser le recours à ce dispositif et d'intégrer les mesures visant à garantir le respect des durées minimales de repos pour les salariés soumis à ce forfait, et à la convention individuelle d'acter le consentement du salarié d'y souscrire dans les conditions qu'elle détermine. Mais dès lors que, comme l'autorisent les ordonnances du 22 septembre 2017, l'accord collectif instaurant les forfaits est ratifié par le seul salarié de l'entreprise, la séparation originelle entre l'individuel et le collectif

⁵⁴ Accord T03820004937 ; Accord T00120002026 (pour en tirer une conséquence particulière sur laquelle nous reviendrons) ; Accord T06919005736 et accord T06919005585.

⁵⁵ Accord T03820004937

⁵⁶ Accords T06919006017 (aménagement du temps de travail), Accord T02620002044 ; Accord T06919005585 (temps de travail) et accord T06919005736 (élargissement des catégories de cadre concernées par le forfait par rapport à ce que prévoit l'accord de branche applicable). Dans ces hypothèses, la lecture des accords ne permet pas de savoir si l'unique salarié qui approuve projet d'accord est lui-même cadre ou non. Quelle que soit la catégorie de salariés à laquelle il se rattache, son accord entraîne des conséquences qui concerneront tous les salariés futurs.

laisse place à la confusion. Le consentement donné par le salarié exerce une double fonction : celle, d'abord, d'autoriser le recours au forfait au sein de l'entreprise et les mesures qui garantissent le droit à la santé et au repos ; celle, ensuite, de « pré-constituer » le consentement individuel du salarié au décompte de son temps de travail selon la méthode du forfait. Pour autant, accord collectif et convention individuelle de forfait ne fusionnent pas. La plupart des accords témoignent que les parties en ont conscience, en soulignant la nécessité de conclure une convention individuelle de forfait en plus de l'accord. C'est le cas de 16 accords sur 21 (76,19 %), certains précisant que le refus du salarié d'accepter ne saurait constituer un motif de licenciement⁵⁷. Un accord ne fait référence au forfait individuel qu'au détour d'un article consacré à l'identification des salariés susceptibles de passer au régime du forfait annuel⁵⁸ et trois restent muets sur la convention individuelle de forfait⁵⁹. Dans ce dernier cas, faute d'entretiens de terrain, il est impossible d'en déduire autre chose que le fait que la convention individuelle n'a pas été envisagée dans l'accord collectif ; cela ne signifie pas nécessairement qu'aucune convention individuelle n'a été conclue, même si, comparativement aux autres accords, cela augure mal d'une telle issue.

Le cas le plus intéressant est à relever dans un accord qui présente la triple caractéristique d'être un accord collectif portant sur le forfait annuel en jours, validé par le salarié unique de l'entreprise et constituant un accord de performance collective⁶⁰. Ce dernier aspect, révélé sans ambiguïté par la référence dans le préambule à l'article L. 2254-2 du code du travail, est confirmé à l'article 4 alinéa 2 de l'accord par la conséquence que l'employeur, rédacteur du texte, entend en tirer au regard du contrat de travail : « *Pour les salariés employés au jour de l'entrée en vigueur du présent accord, les précédentes dispositions se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail* ». L'employeur se prévaut donc ici du régime spécifique reconnu par les réformes de 2017-2018 aux accords de performance collective quant à l'articulation avec le contrat de travail. Cette mobilisation pose en la circonstance deux questions.

⁵⁷ Accords T06919007104 ; T06919004478 et A02618002955.

⁵⁸ Accord T00120002026.

⁵⁹ Accords T04219001806, T00619002006 et T06919006017.

⁶⁰ Accord T06920009330.

La première tient à la licéité du recours à l'accord de performance collective. Certes, rien ne prohibe en tant que tel l'utilisation d'un tel accord aux fins de mise en place d'un forfait annuel en jours, y compris dans une entreprise d'un seul salarié. Mais les dispositions de l'article L. 2254-2 du code du travail restreignent sa mobilisation à trois hypothèses : la préservation de l'emploi, le développement de l'emploi et, cité en premier dans le texte, les nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise. Dans le cas présent, le préambule de l'accord ne se réfère à aucun moment à la situation de l'emploi. Il semble donc se placer sur le terrain des nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise. Or la formulation légale de ce cas de recours est tellement générique et banale (imagine-t-on un accord collectif d'entreprise faisant totalement abstraction de cette nécessité ?) qu'il implique la présentation d'éléments concrets suffisamment explicites pour rendre vraisemblable l'existence d'une nécessité particulière spécifiquement liée au fonctionnement de l'entreprise. En ce domaine, l'accord étudié mentionne « *les besoins et les valeurs de l'entreprise mettant la satisfaction des clients au cœur de sa stratégie en leur assurant un service de qualité* ». Un (petit) effort est fait pour caractériser les nécessités exigées pour le recours à l'accord de performance collective. Il demeure difficile, en l'état actuel du droit positif, d'estimer si cette caractérisation serait suffisante pour emporter la conviction d'un juge en cas de litige. La question n'est pas de pure forme car l'on peut estimer que hors des cas visés par la loi, l'employeur n'est pas en droit de se prévaloir du régime spécifique de cet accord.

La seconde question réside dans les conséquences tirées par l'employeur de la qualité d'accord de performance collective de mise en place du forfait jours dans son articulation avec le contrat de travail de l'unique salarié (qui valide l'accord lors de la consultation). L'article 4 alinéa 2 de l'accord indique implicitement que pour ce salarié, contrairement à ceux (visés à l'alinéa 1) qui seraient recrutés après l'entrée en vigueur, il n'est nul besoin de conclure une convention individuelle de forfait jours ; conformément au III de l'article L. 2254-2 c. tr. « *les stipulations de l'accord se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail* ». Or la mise en œuvre de cette disposition en la matière est contestable, pour deux raisons. Tout d'abord, le régime juridique de mise en place du forfait annuel en jours est spécifique : il déroge aux règles d'articulation entre convention et contrat de travail en exigeant, outre la prévision du mécanisme de forfait jour dans un accord collectif, une modification du contrat de travail des salariés employés au jour de l'entrée en vigueur de l'accord, qui implique une acceptation expresse du salarié, distincte de l'accord. La mobilisation des deux sources

juridiques, accord collectif et contrat, est ici essentielle et fait apparaître les dispositions relatives au forfait jours comme spéciales par rapport à celles qui décrivent, au livre II de la partie II du code du travail, l'articulation entre convention et contrat, quand bien même la règle en question serait particulière aux accords de performance collective. En vertu de l'adage « *specialia generalibus derogant* », il convient de faire application, pour la mise en place de ce système de décompte du temps de travail, des règles du forfait logées dans la partie III du code en écartant les règles d'articulation de la partie II. Dès 2008, la Cour de cassation a insisté sur la nécessité d'une convention individuelle de forfait qui fasse l'objet d'une mention écrite dans le contrat de travail.⁶¹

Cette logique est par ailleurs confirmée par la mention suivante, à l'article L. 2254-2, II, avant-dernier alinéa : « *Les articles [L. 3121-53](#) à [L. 3121-66](#) s'appliquent si l'accord met en place ou modifie un dispositif de forfait annuel* ». Cette disposition relative aux accords de performance collective indique donc expressément qu'en la matière les articles imposant une convention individuelle de forfait sont applicables. L'accord examiné précise bien dans son préambule qu'« *est proposé un projet d'accord collectif relatif à la mise en place du forfait annuel en jours au sein de l'entreprise* » (souligné par nous). L'unique salarié doit donc se voir proposer une convention individuelle de forfait. Le refus éventuel du salarié (peu probable s'il a accepté de valider l'accord collectif) ne relève sans doute pas du régime du licenciement décrit à l'article L. 2254-2 à la suite d'un refus de mise en œuvre d'un accord de performance collective⁶², dans la mesure où cet accord n'impose pas au salarié d'accepter la convention individuelle de forfait⁶³, qu'il ne fait que proposer, le salarié ayant le droit de refuser la convention sans commettre de faute puisqu'il s'agit d'une modification du contrat de travail.

L'ensemble de ces enjeux rend la question de la validation des accords collectifs de forfait en jours particulièrement sensible dans les entreprises ne comptant qu'un salarié. Le législateur a imposé dans ce cadre la remise du projet d'accord au salarié et le respect d'un délai de 15 jours avant qu'intervienne la consultation, dont est garanti par l'employeur le caractère

⁶¹ Cass. soc. 9 avril 2008 (n° 07-41618)

⁶² En ce sens, G. Auzero, D. Baugard et E. Dockès : Droit du travail, coll. Précis, éd. Dalloz 2022, p. 1102, note 3.

⁶³ Art. L. 3121-58 al. 1^{er} (« *Peuvent conclure une convention individuelle de forfait en jours sur l'année....* »).

personnel et secret (C. trav. art. L. 2232-21 et R. 2232-10). La consultation des accords de l'échantillon montre que le délai de réflexion laissé au salarié est expressément respecté dans 10 accords sur 21 (47,62 %). Dans les autres cas, ou bien la question de la procédure de validation n'est pas évoquée (du moins sous l'angle temporel)⁶⁴, ou bien on constate un rappel des règles légales et réglementaires sans que les données factuelles mentionnées ne permettent d'apprécier le respect de ces dispositions⁶⁵. Dans un cas, la circonstance qu'un seul salarié ait à se prononcer est mise en avant pour écarter le vote à bulletin secret, présenté comme « *pas utile* ». Dans ce cadre, rien ne peut garantir le caractère personnel et secret de la consultation, ce qui laisse augurer d'une méconnaissance de cette exigence prévue à l'article R. 2232-10 du Code du travail. Cet accord permet de mettre en lumière l'aporie que devient le secret de la consultation dans le contexte d'une entreprise à salarié unique. La possibilité matérielle incontournable de connaître l'opinion du salarié expose plus directement celui-ci à subir l'ascendant de l'employeur au moment d'exprimer son choix, en particulier lorsque sont en jeu les questions d'emplois. Certains accords paraissent pourtant de prime abord dessiner une perspective de participation du salarié à l'élaboration de l'accord, avec le recours à des formulations selon lesquelles la société a « *engagé des négociations* »⁶⁶ ou « *a souhaité associer le personnel dans sa réflexion* »⁶⁷ ; mais c'est toujours in fine pour soumettre au salarié un texte conçu unilatéralement par l'employeur. Aussi les expressions précitées, sans doute effets de l'habitude due à une certaine standardisation des rédactions d'accords collectifs, ne font guère illusion. Même lorsque l'aspect procédural est développé⁶⁸, aucun des accords consultés ne fait apparaître une forme de négociation réelle quelconque, ni même d'échanges postérieurs à la remise du projet. Il semble donc que le projet d'accord soit l'expression pure d'une rédaction unilatérale ; en ce sens un accord mentionne de manière réaliste dans la ligne

⁶⁴ Accords T06920011064 ; T03820005177 ; T07320002098 (ces trois accords sont rédigés sur un même modèle T06919007585 ; T04219001806 ; T00619002006 ; T06919006017 et A02618002955).

⁶⁵ Accords T06920009716, T06919007104 et T06919004778.

⁶⁶ Accord T03820004937.

⁶⁷ Accord T03919004778.

⁶⁸ Accord T00120002026.

qui précède le préambule : « *Par décision unilatérale après ratification à la majorité des deux tiers... »*⁶⁹.

C. Les rapports entre les accords adoptés dans les TPE et la convention Syntec

Parmi les 72 accords adoptés par referendum dans les entreprises soumises à la convention Syntec, 33 se réfèrent expressément à celle-ci ainsi, pour certains, qu'aux ordonnances du 22 septembre 2017 ou aux dispositions légales qui en sont issues (précisément l'article L. 2253-3 du Code du travail). Ces accords poursuivent, en des termes différents, un objectif commun : celui pour les TPE d'organiser leur propre régime de forfait annuel en jours, en partie distinct de celui posé par la convention de branche à laquelle elles sont soumises. C'est dans ce cadre que référence est faite aux dispositions issues des ordonnances du 22 septembre 2017 et à la faculté qu'elles ont ouvertes de se départir du cadre conventionnel établi au niveau de la branche. Ces dérogations interviennent dans un contexte particulier sur lequel il convient de revenir (1) afin de comprendre la mesure des adaptations apportées par les accords adoptés dans les TPE, par referendum, à la convention de branche (2).

1. *Éléments de contexte.*

Les accords adoptés sur le thème des forfaits jours au sein des TPE interviennent dans un contexte où ce dispositif alimente un contentieux régulier et abondant (a) en raison duquel la convention Syntec a notamment été révisée afin d'adapter son contenu aux exigences jurisprudentielles (b).

⁶⁹ Accord T06919007585.

a. Le contentieux relatif aux forfaits jours

La condamnation récente de l'Etat français par le Comité européen des droits sociaux au titre de la législation sur les forfaits jours⁷⁰, en ce qu'elle excède la limitation « raisonnable » de la durée du travail⁷¹, illustre à elle-seule les dangers du recours à ce dispositif de décompte du temps de travail en matière de santé et de sécurité au travail. Le temps des salariés passé au travail décompté en jours et non en heures est en effet difficile à évaluer, le respect des durées minimales de repos et maximales de travail difficile à assurer. Dans ce cadre, le temps consacré par le salarié à son travail, chaque jour compris dans son forfait, n'a comme seule limite maximale que sa lassitude ou son épuisement.

Cette absence de mesure du temps et de la charge de travail, inhérente aux forfaits jours, est à la source d'arrêts retentissants rendus par la Cour de cassation à partir de l'année 2011. Au visa des droits à la santé au repos garantis par le préambule de la Constitution du 4 octobre 1946 et des normes du droit de l'Union européenne, la Chambre sociale de la Cour de cassation a soumis la validité du forfait jour au respect d'exigences que ne prévoyait pas le Code du travail de l'époque. La validité de ce dispositif est depuis conditionnée par l'existence de dispositions conventionnelles qui garantissent « *le respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journalier et hebdomadaires* »⁷². Lorsque semblables dispositions sont prises, l'employeur est tenu de les mettre concrètement en œuvre, à défaut la convention de forfait en jours est privée d'effet et le salarié peut obtenir le paiement de ses heures supplémentaires sur la base de la durée légale de travail de 35 heures hebdomadaires⁷³. Quand

⁷⁰ CEDS, 19 mai 2021, *CGT et CFE-CGC c. France*, réclamation n° 149/201. Voir également les condamnations antérieures de ce dispositif : CEDS, 11 déc. 2001, *CFE-CGC c. France*, réclamation n° 09/2000 ; 23 juin 2010, *CGT c. France*, réclamations n° 55/2009 et n° 56/2009.

⁷¹ L'exigence d'une « durée raisonnable » du travail journalier et hebdomadaire est posée à l'article 2 de la Charte sociale européenne.

⁷² Soc. 29 juin 2011, *Bull. civ. V*, n° 181 ; *Dr. ouvr.* 2011, p. 761, obs. E. Richard ; *SSL* n° 1504 du 12 sept. 2011, p. 16 obs. M.-F. Mazars et Ph. Flores.

⁷³ Soc. 29 juin 2011, préc. ; 3 nov. 2011, n° 10-14637, *Bull. civ. V*, n° 250 ; 21 nov. 2012, n° 11-10829, inédit.

un accord collectif, de branche ou d'entreprise ne répond pas aux exigences posées, les conventions de forfait en jours sont nulles⁷⁴.

C'est dans ce contexte jurisprudentiel que la convention Syntec s'est retrouvée au cœur de la tourmente. Précisément, le contentieux né des dispositions conventionnelles relatives aux forfaits jours prend appui sur deux problèmes différents. Le premier, commun à tout dispositif de forfait jour peu importe la convention dans lequel il s'insère, a eu trait à l'absence de dispositions garantissant le respect des durées minimales de repos et maximales de travail. Il a donné lieu à un arrêt rendu par la Cour de cassation le 24 avril 2013⁷⁵ à l'occasion duquel, sur la base d'un moyen relevé d'office, elle a considéré que l'accord du 22 juin 1999 relatif à la durée du travail, pris en application de la convention Syntec du 15 décembre 1987, « *n'était pas de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé, et, donc, à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié* ». Toute convention individuelle de forfait signée sur ce fondement pouvait donc être annulée.

Le second problème, plus spécifique à la convention Syntec, concerne la mise en œuvre d'une « modalité » du temps de travail que cet accord prévoit, intitulée « *réalisation de missions* » et connue sous le nom de « modalité 2 ». Ce régime du temps de travail est une sorte de forfait « hybride » - « un faux forfait jour » comme il est souvent qualifié - suivant lequel le temps de travail des salariés concernés fait l'objet d'une double limite : une limite annuelle portée à 218 jours et une limite hebdomadaire portée à 38 heures et 30 minutes, au-delà de laquelle des heures supplémentaires sont rémunérées en sus du salaire forfaitaire⁷⁶. S'apparentant davantage à un forfait en heures qu'en jours⁷⁷, ce dispositif, complexe, est aussi à la source d'un contentieux important et alimente, selon les retours des représentants

⁷⁴ V. notamment : Soc. 31 janv. 2012, n° 10-19807, *Bull. civ. V*, n° 34 (au sujet de la CCN Chimie) ; 13 juin 2012, n° 11-10854, inédit (au sujet de la CCN Aides familiales et rurales) ; 26 sept. 2012, n° 11-14540, *Bull. civ. V*, n° 46 (au sujet de la CCN Commerce de gros).

⁷⁵ Soc. 24 avril 2013, n° 11-28.398, *Bull. civ. V*, n° 117.

⁷⁶ Celui-ci étant au moins égal à 115 % du salaire minimum conventionnel (art. 3 de l'accord du 22 juin 1999).

⁷⁷ En ce sens, Soc. 26 mai 2004, n° 02-10723, *Bull. civ. V*, n° 144.

syndicaux⁷⁸, des controverses régulières entre les négociateurs sociaux au niveau de la branche. Les organisations patronales, en raison de l'insécurité générée par ce dispositif, revendiquent sa suppression. Sont en cause les conditions restrictives de l'accès à ce dispositif posées par la convention Syntec - le fait que les salariés éligibles sont ceux qui perçoivent un salaire au moins égal au plafond annuel de la sécurité sociale⁷⁹ - et la rémunération minimale à laquelle ils peuvent prétendre⁸⁰. Malgré les critiques patronales dont elle est l'objet, cette modalité, instituée en 1999, est toujours en vigueur et les conditions d'accès des salariés à ce dispositif sont restées les mêmes.

Les conditions d'accès au forfait annuel en jours prévu par la convention Syntec ont toutefois, à la suite de la condamnation de ses dispositions au nom du droit à la santé et au repos, été rehaussées.

b. Le contenu de la convention Syntec

À contrecourant des condamnations du Comité européen des droits sociaux intervenues dès 2001⁸¹, le législateur français, au lieu de restreindre l'accès des salariés aux forfaits jours, a étendu le cercle des travailleurs qui peuvent y être soumis⁸² et augmenté le nombre de jours susceptibles d'être travaillés sur l'année, passé de 218 à 235 jours⁸³ en l'absence d'accord collectif n'est toutefois pas la voie que les négociateurs sociaux de la branche ont choisi d'emprunter au lendemain de la condamnation par la Cour de cassation du forfait jour prévu par la convention Syntec. Celle-ci a été révisée par un avenant du 1^{er} avril 2014, conclu en

⁷⁸ A la suite de deux entretiens menés avec des représentants syndicaux d'une organisation syndicale représentative au niveau de la branche

⁷⁹ Soc. 4 nov. 2015, n° 14-25745 à 14-25751, PB.

⁸⁰ Soc. 10 décembre 2014, 13-21313, inédit. En dernier lieu, sur le contentieux suscité par cette modalité, voir les arrêts « Altran » : Soc. 6 janv. 2021, n° 19-13038, inédit ; 16 juin 2021, n° 20-13127, inédit.

⁸¹ CEDS, 11 déc. 2001, *CFE-CGC c. France*, réclamation n° 09/2000, préc.

⁸² Le forfait jour est accessible aux salariés « autonomes » non-cadres depuis la loi n° 2005-882 du 2 août 2005, *en faveur des petites et moyennes entreprises* (art. L. 3121-43 C. trav.).

⁸³ Ce depuis la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, *portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail* (art. L. 3121-45 C. trav.).

réaction à la jurisprudence de la Cour de cassation en cette matière et destiné à adapter le régime des forfaits jours de manière à garantir le respect du droit à la santé et au repos. À cette fin, le régime des forfaits jours a été modifié sur deux aspects : l'accès des salariés à ce dispositif d'une part, le contrôle de la durée du travail et le suivi de la charge de travail d'autre part.

L'accès des salariés à ce dispositif a, d'une part, été davantage restreint. Nous l'avons dit, les conditions d'éligibilité au forfait de la « modalité 2 » sont restées à l'identique. Les conditions d'accès au forfait de la « modalité 3 » - qui est un authentique forfait annuel en jours - sont en revanche, depuis 2014, plus exigeantes. L'article 4.1 de l'avenant dispose en ce sens que les salariés éligibles aux forfaits annuels en jours « *doivent obligatoirement disposer de la plus large autonomie d'initiative et assumer la responsabilité pleine et entière du temps qu'ils consacrent à l'accomplissement de leur mission caractérisant la mesure réelle de leur contribution à l'entreprise* » et « *disposer d'une grande latitude dans leur organisation de travail et la gestion de leur temps* ». La position du salarié dans le classement conventionnel de la branche ou la rémunération qu'il perçoit doit par ailleurs corroborer l'autonomie dont il dispose dans ses fonctions. Ainsi, les salariés éligibles doivent-ils relever « au minimum » de la position 3 de la grille de classification des cadres de la convention nationale ou bénéficier d'une rémunération annuelle supérieure à deux fois le plafond annuel de la sécurité sociale. Les termes de la convention en matière d'accès aux forfaits jours se veulent donc plus restrictifs que ceux de la loi⁸⁴. Alors que cette dernière se réfère à « *l'autonomie des cadres dans leur emploi du temps* » ou à la « *réelle autonomie* » d'un salarié, la convention exige, elle, « *la plus large autonomie d'initiative* » des salariés et « *une responsabilité pleine et entière du temps qu'ils consacrent à l'accomplissement de leur mission* ». Les dispositions de la convention garantissent par ailleurs aux salariés concernés une rémunération annuelle au moins égale à 120 % du minimum conventionnel de leur catégorie.

Le contrôle de la durée du travail et le suivi de la charge de travail ont, d'autre part, été renforcés. Alors que ces aspects faisaient l'objet, dans l'accord d'origine, de déclarations selon

⁸⁴ Rappelons qu'aux termes de la loi, peuvent être soumis au dispositif du forfait en jours, les cadres « *qui disposent d'une autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps et dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe où ils sont intégrés* » ainsi que « *les salariés dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée et qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées* » (art. L. 3121-58 C. trav.).

lesquelles les négociateurs manifestaient leur « *attachement au droit à la santé, à la sécurité et au repos* », ces questions ont fait l'objet, dans l'avenant de 2014, de mesures et obligations plus précises. L'article 4.7 dispose par exemple que « *le forfait annuel en jours s'accompagne d'un décompte des journées travaillées au moyen d'un suivi objectif, fiable et contradictoire mis en place par l'employeur* ». Pour satisfaire à cette exigence, l'employeur est tenu « *d'établir un document qui doit faire apparaître le nombre et la date des journées travaillées ainsi que le positionnement et la qualification des jours non travaillés en repos hebdomadaire, congés payés, congés conventionnels ou jours de repos au titre du respect du plafond de 218 jours* ». Quant à l'importance de la charge de travail, l'avenant impose notamment la mise en place « *d'un outil de suivi pour assurer le respect des temps de repos quotidien et hebdomadaire du salarié* » et l'organisation d'un minimum de deux entretiens annuels, en sus de rencontres rendues nécessaires par « *des difficultés inhabituelles* ».

De cet avenant, est résulté un nouveau cadre conventionnel, plus restrictif, auquel les très petites entreprises étaient contraintes de se soumettre. Car, si les TPE pouvaient instaurer un dispositif de forfait annuel en jours avant les réformes intervenues en 2017, elles demeuraient toutefois obligées de suivre les modalités établies au niveau de la branche en cette matière à la lettre, faute de pouvoir se doter de leur propre accord collectif de travail. La faculté d'adopter un accord par referendum permet dorénavant à une TPE de poser elle-même les conditions selon lesquelles le forfait pourra être mis en œuvre en son sein, quitte à se libérer des modalités jugées parfois trop rigides posées par la convention de branche.

Dans cette voie, il apparaît que les TPE mobilisent les dispositions des ordonnances du 22 septembre 2017 afin de se construire leur régime de forfait, faculté dont elles étaient jusqu'ici dépourvues. Les 33 accords que nous avons retenus à ce titre l'attestent. Leur lecture permet de mesurer l'impact des dispositions relatives à l'articulation des normes posées par ces ordonnances sur le « dialogue social » mené au sein des TPE ou, plus précisément, au sein des accords adoptés par référendum, sans qu'une négociation soit exigée donc.

2. Les adaptations

Cette capacité nouvelle « d'auto-détermination » en matière de forfaits conférée aux TPE par l'ordonnance du 22 septembre 2017 relative au « renforcement de la négociation

collective » incite à envisager les logiques suivant lesquelles ce régime spécifique du temps de travail est élaboré en leur sein. La première est celle d'une émancipation des TPE à l'égard de la convention Syntec. Cette logique se donne à voir à travers la volonté souvent exprimée dans les préambules de ces accords de se départir de la convention de branche jugée trop « restrictive » et inadaptée aux contraintes auxquelles sont soumises ces entreprises. Dans cette optique, la supériorité de l'accord d'entreprise sur l'accord de branche telle qu'elle a été posée en 2017 n'est pas un phénomène méconnu des TPE. Elle apparaît même, dans le préambule de certains accords, comme l'un des éléments qui ont déterminé leur adoption⁸⁵. Dans ce cadre, il apparaît nécessaire de vérifier sur quels aspects précisément ces accords adoptés dans les TPE souhaitent se départir de la convention Syntec (a).

À rebours de cette première logique, une autre tendance a été repérée : celle qui consiste à sécuriser les forfaits annuels en s'inspirant – voire en reprenant – certaines dispositions de la convention Syntec. Cette logique de *sécurisation* s'explique par le contentieux important qui s'est formé autour du régime des forfaits annuels en jours qui avait notamment suscité l'annulation de conventions individuelles de forfait conclues sur le fondement des dispositions de la convention de branche, faute pour ces dernières de prévoir des mesures concrètes garantissant aux salariés le respect des durées minimales de repos et maximales de travail. Comme nous l'avons vu, la convention de branche a depuis été révisée et les accords adoptés au sein des TPE par la voie du referendum semblent s'y référer, du moins sur ce point précis, afin de construire leur propre régime de forfaits (b).

a. L'accès des salariés au forfait : la logique de l'émancipation

En matière de forfait jours, cette faculté nouvelle conférée aux TPE de déterminer leur propre régime de forfait est mise à profit dans la quasi-totalité des accords analysés. 3 accords seulement entendent reprendre les termes de la convention Syntec en cette matière⁸⁶. Les trente autres accords entendent se départir du cadre de la convention Syntec, souvent de manière

⁸⁵ V. particulièrement : Accord T06920009694 ainsi qu'un accord rédigé à l'identique : Accord T06920009716 ; Accord T06919009124, et deux accords aux contenus identiques à celui-ci : Accord T06919009117 ; Accord T06919009110.

⁸⁶ Accord T03820004532 ; Accord T07318000308 ; Accord T04318000205.

expresse, assumée. L'inadaptation de cette convention à l'activité de l'entreprise⁸⁷, le manque de souplesse⁸⁸ du régime conventionnel des forfaits ou encore les conditions restrictives⁸⁹ suivant lesquelles les salariés accèdent au forfait jours sont fréquemment dénoncés. Le contenu de la convention Syntec est remis en cause à la lecture des préambules de vingt accords. Dans cette voie, qu'elles soient expresses ou implicites, les dérogations apportées à la convention Syntec se rejoignent toutes, sans exception, autour d'un aspect : l'accès des salariés au dispositif des forfaits annuels en jours et en heures. Afin d'ouvrir plus largement le cercle des salariés éligibles à ce régime du temps de travail, trente accords dérogent donc à la Convention Syntec telle qu'elle a été révisée en 2014. Ces dérogations concernent tant le dispositif de la « modalité 2 », ce forfait hybride, cumulant une référence au nombre de jours sur l'année (218) et à un nombre d'heures (38, 5) hebdomadaire, ainsi que le forfait annuel en jours (« la modalité 3 »).

S'agissant du forfait de « la modalité 2 », on est d'emblée frappé par le fait que la quasi-totalité des accords ne font aucune référence à ce dispositif particulier dont il faut rappeler qu'il est fréquemment dénoncé par les organisations patronales en raison de sa complexité et du contentieux qu'il alimente. Seuls 2 accords, rédigés à l'identique qui plus est⁹⁰, s'y réfèrent de manière implicite⁹¹. Deux hypothèses envisagées dans le cadre d'entretiens avec des représentants syndicaux peuvent être avancées pour expliquer l'absence récurrente de cette modalité. La première tient, comme nous l'avons souligné, à la complexité et au risque de contentieux attaché à ce dispositif particulier. La seconde tient au manque de connaissance, par les salariés conduits à ratifier l'accord, de l'ensemble des dispositifs prévus par la convention Syntec et des diverses modalités du temps de travail, au contenu très technique, qu'elle prévoit. Il est alors possible que cette modalité soit absente des accords car, en l'absence de négociation avec un acteur plus averti, aucun dialogue ne s'opère à son sujet.

⁸⁷ V. Accord T06319000983

⁸⁸ V. Accord T06919006075

⁸⁹ V. notamment : Accord T03819002894

⁹⁰ Accord T06920009694 ; Accord T06920009716.

⁹¹ Le dispositif de la « modalité 2 » avec sa double limitation, annuelle et hebdomadaire, est en effet repris sans être nommé. Un troisième accord tend seulement à instaurer un forfait annuel en heures, sans aucune référence à la limite des 218 jours par an de la « modalité 2 ») : Accord T06920009593.

Par ailleurs, la lecture des deux accords faisant référence à ce dispositif est porteuse d'enseignements au sujet des dérogations aux dispositions de la convention Syntec sur le terrain de l'éligibilité des salariés au forfait. Rappelons en effet que ce dispositif est réservé aux seuls salariés percevant une rémunération annuelle au moins égale au plafond annuel de la sécurité sociale. Cette restriction est absente des deux accords en question, tout comme la garantie de rémunération minimale des salariés soumis à la « modalité 2 » de la Convention Syntec (115 % du minimum conventionnel). Sur ce dernier point, on pourra toutefois s'interroger sur la possibilité d'écarter une garantie minimale de salaire à partir du moment où, se rapportant au minimum conventionnel attaché à la classification du salarié, elle demeure liée aux « salaires minima hiérarchiques » qui, au titre de l'article L. 2253-1 du Code du travail, font partie des thèmes où une certaine primauté de la branche est encore assurée.

Le même constat peut être fait au sujet du forfait annuel en jours (la « modalité 3 » de la convention Syntec), instauré dans l'ensemble des trente-trois accords analysés. À l'exception des trois accords qui reprennent les dispositions de la convention de branche⁹² et d'un autre qui se cale sur les conditions d'éligibilité au forfait prévue par celle-ci⁹³, les vingt-neuf autres entendent tous écarter les restrictions qu'elle pose à l'accès des salariés aux forfaits jours. Nous l'avons dit, la Convention Syntec, telle qu'elle a été révisée en 2014, pose une condition relative à l'autonomie des salariés éligibles au forfait beaucoup plus exigeante que celle résultant de la loi⁹⁴. Elle impose également que les salariés concernés soient classés « au minimum » à la position 3 de la grille de classification des cadres de la convention nationale ou bénéficient d'une rémunération annuelle supérieure à deux fois le plafond annuel de la sécurité sociale.

À contrecourant de l'avenant de 2014, les accords adoptés dans les TPE élargissent l'accès des salariés au forfait jours selon des formules plus ou moins radicales. Une première formule consiste à ouvrir l'accès au forfait jours par dérogation – parfois expresse⁹⁵ – aux dispositions

⁹² Accord T03820004532, préc. ; Accord T07318000308, préc. ; Accord T04318000205, préc.

⁹³ Accord T04219001417.

⁹⁴ Art. L. 3121-58 C. trav.

⁹⁵ Accord T06919005872.

de la convention de branche aux salariés de la position 2.1⁹⁶ voire de la position 1.1⁹⁷ (et non plus 3) de la classification conventionnelle applicable. Une autre méthode, plus radicale et majoritaire (que l'on trouvera à l'œuvre dans vingt-quatre accords), consiste à écarter toutes les restrictions résultant de la convention de branche, pour en revenir aux conditions d'éligibilité posées par la loi à l'article L. 3121-58 du Code du travail. Cet accès élargi des salariés aux forfaits annuels en jours s'accompagne de la disparition de toute référence à la rémunération minimale garantie par la convention de branche pour les salariés concernés, fixée à 120 % du minimum conventionnel applicable. Cette rémunération minimale est même expressément écartée dans l'un des accords analysés⁹⁸. Là encore, on peut douter du fait que l'application des dispositions légales issues des ordonnances du 22 septembre 2017 permettent à un accord d'entreprise de se départir d'une garantie minimale de rémunération prévue par la convention de branche et indexée sur des salaires minima hiérarchiques.

L'émancipation des TPE vis-à-vis de la branche est à l'œuvre afin d'ouvrir plus largement l'accès des salariés aux forfaits jours que ne le permet la convention de branche. Au sujet des mesures destinées à mesurer la charge de travail et garantir le respect des durées minimales de repos et maximales de travail en revanche, les accords adoptés au sein des TPE affichent une plus grande fidélité aux dispositions de la convention de branche.

b. Le contrôle de la durée et de la charge de travail : la logique de la sécurisation

En fait de contrôle de la durée et de la charge de travail, les accords adoptés dans les TPE entendent se conformer à la convention de branche et aux évolutions jurisprudentielles, retentissantes, qui ont eu lieu à ce sujet. Sont alors systématiquement prévues des mesures de suivi de la charge de travail, des entretiens organisés à cette fin, le droit à la déconnexion des salariés concernés ainsi que, parfois, des dispositifs « d'alerte »⁹⁹. Les accords analysés semblent répondre, à la lettre du moins, aux exigences jurisprudentielles et légales sur le

⁹⁶ Accord T03819004000.

⁹⁷ Accord T06919009124 et deux accords aux contenus identiques à celui-ci : Accord T06919009117 ; Accord T06919009110 préc.

⁹⁸ Accord T03820006079.

⁹⁹ Accord T03820005716 ; Accord T06319000983.

fondement desquelles la licéité du dispositif peut être contestée. Mais, outre le fait que les mesures prévues devront encore être concrètement mises en œuvre¹⁰⁰, deux observations méritent ici d'être faites. On observe d'abord que les accords restent majoritairement, au sujet des entretiens organisés pour le suivi de la charge de travail, en deçà des exigences de la convention Syntec. Dix-neuf accords prévoient en ce sens la tenue d'un seul entretien par an, là où la convention de branche en impose au moins deux, en sus d'une éventuelle rencontre organisée en raison de « difficultés inhabituelles ».

Par ailleurs, cette « sécurisation » du dispositif des forfaits jours, par la reprise de l'essentiel des dispositions de la convention de branche, doit être analysée, enfin, à l'aune des dérogations précédemment citées, qui ouvrent plus largement l'accès des salariés à ce régime du temps de travail. Ces dérogations s'intègrent, nous l'avons vu, dans le cadre des ordonnances du 22 septembre 2017 qui ont élargi le domaine de celles que peut apporter un accord d'entreprise aux dispositions d'un accord de branche. Elles apparaissent toutefois paradoxales quand on se souvient que l'avenant à la convention Syntec du 1^{er} avril 2014 a entendu restreindre l'accès au forfait annuel en jours à la suite d'un arrêt rendu par la Cour de cassation qui a annulé les dispositions de convention de branche relatives à ce dispositif sur le fondement des droits à la santé et au repos¹⁰¹. De là, on peut être surpris que l'ensemble des accords analysés entendent se conformer aux mesures de contrôle de la charge de travail des salariés soumis aux forfaits jours posées par la convention Syntec, tout en s'émancipant des dispositions qui ont restreint l'accès des salariés à ce dispositif, elles aussi adoptées au nom de la santé au travail.

Dans ce cadre, il n'est pas certain que le pari de la sécurisation de ces dispositifs puisse être tenu.

¹⁰⁰ Sauf à ce que la convention individuelle de forfait soit privée d'effet (Soc. 29 juin 2011, préc. ; 3 Soc. nov. 2011, préc. ; 21 nov. 2012, préc.)

¹⁰¹ Soc. 24 avril 2013, n° 11-28.398, préc.

II. Analyse des accords sur les heures supplémentaires

De premières observations ont permis de relever que la durée du travail constituait le principal objet de négociation des accords ici étudiés. Plus précisément encore, il est apparu que la question des heures supplémentaires figurait au titre des trois thématiques les plus fréquentes (v. p.36), puisque le législateur ouvre au champ de la négociation collective la possibilité de gérer le contingent d'heures supplémentaires et de définir le taux de majoration des heures supplémentaires. Afin d'observer et de mesurer les usages que font les acteurs des très petites entreprises de ces possibilités d'aménagements conventionnels, la lecture et l'analyse des accords adoptés par voie de référendum se sont imposées. Ces investigations délivrent deux séries d'enseignements. Les premiers sont quantitatifs et permettent de constater que l'enjeu majeur de ces accords portent, de façon assez inattendue, sur le volume d'heures du contingent annuel (B). Les seconds sont qualitatifs et découlent de la confrontation entre les raisons avancées par les acteurs eux-mêmes pour l'adoption de ces accords et les conséquences des mesures prises, faisant apparaître un malentendu et des leurre (C). Mais avant de présenter ces enseignements, et dans le but d'une meilleure compréhension, un cadrage théorique est utile (A).

A. Les heures supplémentaires, cadrage théorique

La notion d'heure supplémentaire est apparue après la seconde guerre mondiale dans un contexte de reconstruction du pays. Elle est indissociable de la notion de durée « légale » du travail. Cette dernière représente la durée de travail effectif hebdomadaire correspondant pour le législateur à un temps « complet » ou un temps « plein » (par opposition au temps partiel qui reste inférieur à cette durée) et est fixée en droit positif à 35 heures depuis les lois dites « Aubry » des 13 juin 1998 et 19 janvier 2000 (article L. 3121-27 du code du travail). La durée légale de travail constitue surtout le seuil de définition des heures supplémentaires : celles-ci sont les heures de travail effectuées au-delà de la durée légale (article L. 3121-28 du code du travail). Il s'agit donc d'heures de travail appréciées en principe dans un cadre hebdomadaire et réalisées après 35 heures.

L'employeur peut librement décider des heures supplémentaires dans le cadre d'un « contingent annuel » fixé par salarié. Initialement, au-delà de ce contingent, l'employeur devait solliciter et obtenir une autorisation de l'inspecteur du travail pour faire effectuer des heures supplémentaires à un salarié. Au fil des réformes libéralisant le droit du travail, cette autorisation préalable a été abrogée, si bien qu'en droit positif presque plus rien ne distingue, sur le plan de la prise de décision par l'employeur, les heures supplémentaires figurant dans le contingent annuel de celles le dépassant¹⁰². La persistance dans la langue du droit du terme de « contingent » continue à véhiculer l'idée, devenue anachronique, d'un volume limité.

Les heures supplémentaires font l'objet de contreparties spécifiques sous forme de rémunération majorée et/ou de temps de repos. Pendant longtemps les dispositions relatives à ces contreparties ont été d'ordre public (au moins social). La réorganisation, par la loi dite « Travail » du 8 août 2016, du segment du code du travail relatif aux temps (de travail, de repos) autour d'une structure tripartite distinguant dispositions d'ordre public, champ de la négociation collective et dispositions supplétives, a achevé d'ouvrir aux textes conventionnels des possibilités, déjà largement envisagées par les réformes antérieures, dans la fixation du contingent comme dans celle des contreparties. Depuis 2016, les règles d'ordre public se réduisent à peu de choses : outre la définition des heures supplémentaires et l'existence d'un contingent annuel, il est principalement mentionné que chaque heure supplémentaire « ouvre droit à une majoration salariale ou, le cas échéant, à un repos compensateur équivalent » (article L. 3121-28) et que les heures supplémentaires accomplies au-delà du contingent annuel « ouvrent droit à une contrepartie obligatoire sous forme de repos » (article L. 3121-30). La fixation du taux de majoration salariale (à condition qu'il soit au moins égal à 10 %, article L. 3121-33, 1^o), le volume du contingent annuel d'heures supplémentaires, comme l'étendue des droits à repos en contrepartie (sous réserve d'être au moins égale à 50 % de ces heures supplémentaires hors contingent - entreprises de 20 salariés au plus - ou 100 % de ces mêmes heures - entreprises de plus de 20 salariés, article L. 3121-26), ainsi que les modalités de prise de ce repos sont déterminés à titre principal et prioritaire par « une convention ou un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de

¹⁰² Si l'on examine dans le détail, l'employeur doit simplement informer le comité social et économique du recours aux heures supplémentaires dans le cadre du contingent et, hors de ce cadre, obtenir l'avis du comité (article L. 3121-33 du code du travail). Mais pas plus dans un cas que dans l'autre sa volonté ne peut être empêchée.

branche » (article L. 3121-33). Le texte conventionnel d'entreprise est ainsi institué, comme dans bien d'autres domaines, comme la source juridique de référence et première. Ce n'est qu'à titre supplétif que peut intervenir un texte conventionnel de branche, qui ne joue plus en la matière, par hypothèse, de rôle d'harmonisation des conditions de travail des salariés d'un même secteur professionnel. Sur ces aspects, la loi est reléguée à une position doublement supplétive, impliquant l'absence de toute disposition conventionnelle, d'entreprise comme de branche. Elle fournit cependant aux négociateurs et rédacteurs des textes conventionnels des repères, leur permettant de prendre position en se situant par rapport à ces règles légales supplétives (qui étaient naguère d'ordre public) : ainsi la majoration salariale est fixée à 25 % pour les huit premières heures supplémentaires hebdomadaires, à 50 % pour les heures supplémentaires suivantes dans la semaine (article L. 3121-36) et le contingent annuel d'heures supplémentaires à 220 heures par salarié (article R. 3121-24). Sur ce dernier point, l'enjeu que représente la fixation du volume du contingent annuel se résume à déterminer le seuil à partir duquel les heures supplémentaires seront soumises, dans l'année, à une exigence de contrepartie obligatoire sous forme de temps de repos.

Signalons parmi les dispositions légales supplétives que le législateur a envisagé expressément la situation des entreprises dépourvues de délégué syndical, dans lesquelles le remplacement de tout ou partie du paiement des heures supplémentaires, ainsi que des majorations, par un repos compensateur équivalent peut être mis en place par l'employeur, sauf veto du comité social et économique, s'il existe (article L. 3121-37). De manière curieuse, dans les entreprises de faible effectif, l'employeur ne pourra s'affranchir des dispositions légales supplétives, pour ce qui est du taux de majoration de la rémunération ou du volume du contingent annuel, qu'à la condition de conclure un accord collectif (même si le texte n'est pas négocié, il devra être approuvé par les salariés, quand bien même il n'y en aurait qu'un seul), alors que la disparition de toute rémunération en contrepartie des heures supplémentaires pour y substituer du temps de repos, aménagement bien plus substantiel des contreparties ordinaires, pourra être imposé unilatéralement, sans possibilité de s'y opposer dans les très petites entreprises dépourvues de comité social et économique.

Examiner le contenu des accords portant sur les heures supplémentaires doit permettre de cerner comment les entreprises de la région Auvergne-Rhône-Alpes qui sont dépourvues de délégués syndicaux se sont approprié les possibilités de négociation que la loi leur offre en la

matière. En particulier, il sera intéressant de préciser ce qui, à travers les questions abordées, ont été pour elles des priorités en termes d'enjeux : le niveau de la majoration, les temps de repos et leurs modalités de mise en œuvre, la fixation du contingent, ... ? Cela permettra de mesurer également l'ambition de s'affranchir des règles supplétives, qu'elles soient d'origine étatique ou même conventionnelle de branche.

C'est à ses fins que nous livrons une analyse quantitative et une analyse qualitative des accords.

B. Analyse quantitative : des accords majoritairement destinés à augmenter le volume d'heures du contingent annuel.

Cette analyse quantitative porte sur 92 accords (1). De manière surprenante, peu visent la réduction de la majoration des heures supplémentaires à 10% (2) car la très grande majorité des accords sont relatifs au contingent annuel d'heures supplémentaires, dont ils augmentent considérablement le volume (3).

1. 92 accords analysés

A partir de la base d'accords, une extraction a été réalisée de la manière suivante : « accords conclus à la majorité des 2/3 », portant sur la « durée du travail » et ayant pour objet les « heures supplémentaires ». Ont ainsi été dégagés 98 accords. Cependant, 6 d'entre eux peuvent être écartés :

- 4 accords, bien que référencés, sont introuvables sur Légifrance¹⁰³,
- 1 accord a en réalité été conclu avec un élu du personnel¹⁰⁴,
- 2 accords comportent la même référence¹⁰⁵.

¹⁰³ Accord T04219002167 ; accord T06919007958 ; accord T03819002115 et accord T04218000277.

¹⁰⁴ Accord T00120002403

¹⁰⁵ Accord T00118000748

Les données qui suivent portent donc sur **92 accords**, adoptés par voie de référendum à la majorité des deux tiers, dans les plus petites structures (la liste des accords est référencée à la fin de la présente étude)

2. Un nombre relatif d'accords réduisant la majoration salariale à 10%

Avant toute analyse de ces 92 accords, nous aurions pu supposer que ces derniers visaient à réduire le coût des heures supplémentaires en limitant la majoration salariale. En effet, la loi prévoit une majoration de 25% pour les huit premières heures supplémentaires, et de 50% au-delà. Cependant ces dispositions légales sont supplétives. Elles ne s'appliquent qu'à défaut de prévisions dans la convention collective applicable, cette dernière pouvant réduire jusqu'à 10% le taux de la majoration salariale. Ainsi pouvait-on s'attendre à ce que l'adoption d'un accord d'entreprise réduisant le coût des majorations soit le principal enjeu. Tel n'est pas le cas puisque seuls 10 accords sur 92 fixent ce taux de majoration à 10%¹⁰⁶. Plus généralement, seuls une vingtaine d'accords réduisent le taux légal de majoration. L'enjeu se situait donc ailleurs.

3. 85 accords relatifs au contingent annuel pour une augmentation significative de son volume d'heures

Sans conteste, il apparaît que le principal objet de ces accords consiste en l'augmentation du volume d'heures du contingent annuel. En effet, **85 accords sur 92** (soit + de 92% des accords) visent une telle augmentation. L'ampleur de ces augmentations doit alors être mesurée.

Pour cela, une comparaison peut d'abord être opérée au regard du volume tel qu'il est fixé, à titre supplétif, par l'article D. 3121-24 du Code du travail. Selon cet article, « à défaut

¹⁰⁶ Accord T06920011103 ; accord T03820005064 ; accord T06920009342 ; accord T00119001956 ; accord T06919006681 ; accord T02619000904 ; accord T06918003546 ; accord T07318000058 ; accord T04218000239 et accord T06918000549.

d'accord [...], le contingent annuel d'heures supplémentaires est fixé à deux cent vingt heures par salarié ».

5 accords¹⁰⁷ sur les 85 portent le volume d'heures du contingent à ce niveau de 220 heures par an (la convention collective de branche applicable définissant, dans ces cinq cas, un volume moindre). Tous les autres accords vont au-delà, atteignant des taux de variation à la hausse, par rapport aux dispositions légales, allant de 14% (soit un contingent de 250 heures)¹⁰⁸ à 160 % (soit un contingent de 572 heures)¹⁰⁹.

En moyenne, les 85 accords adoptés augmentent le contingent annuel légal de 62 % (voir tableau récapitulatif à la fin de la présente étude).

Une autre comparaison peut ensuite être opérée au regard du volume prévu par la convention collective de branche, lorsque l'accord d'entreprise fournit cette information. En effet, 44 accords indiquent quel est le volume du contingent annuel conventionnel de branche :

- 34 conventions collectives de branche fixent un contingent inférieur à 220 heures¹¹⁰
- 8 conventions collectives de branche fixent un contingent égal à 220 heures¹¹¹
- 2 conventions collectives de branche fixent un contingent supérieur à 220 heures¹¹²

¹⁰⁷ Accord T00118000748 ; accord T07318000441 et accord T04218000239 ; accord T06918000605 et accord T06918000549.

¹⁰⁸ Accord T06919009243.

¹⁰⁹ Accord T07319001687.

¹¹⁰ Accord T06920011051 (180h), accord T00120002410 (180h), accord T04320000728 (190h), accord T03820004728 (150h), accord T06920009899 (130h), accord T07320001919 (150h), accord T03819004054 (145h), accord T06919008180 (145h), accord T07319001672 (145h), accord T03819003910 (145h), accord T03819003798 (145h), accord T03819003797 (145h), accord T03819003796 (145h), T00119001754 (145h), accord T06919007871 (145h), accord T06919007866 (145h), accord T01519000288 (145h), accord T03819003193 38 (145h), accord T01519000268 (145h), accord T06919007105 (180h), accord T06919006681 (195h), accord T00119001339 (130h), accord T00119001333 (150h), accord T07719001962 (180h), accord T04319000484 (180h), accord T04319000481 (180h), accord T06919004380 (180h), accord T04319000303 (130h), accord T03818001750 (150h), accord T06918003546 (130h), accord T00118000748 (130h), accord T07318000441 (130h), accord T06918000605 (140h), accord A00318001644 (150h).

¹¹¹ Accord T06920011133, accord T02619001603, accord T07319001687, accord T06919007971, accord T06919006274, accord T06919006159, accord T02619000773 et accord T06918003696

¹¹² Accord T04220003413 (270h) et accord T06920011343 (265h).

A partir de là, les taux de variations par rapport aux accords de branche sont à la hausse et oscillent entre 54% (soit un contingent réévalué à 300h au lieu de 195h)¹¹³ et 192 % (soit un contingent réévalué à 380h au lieu de 130h)¹¹⁴. L'accord d'entreprise va alors permettre de déroger à ces volumes puisqu'en vertu de l'article L. 2253-3 du Code du travail, l'accord d'entreprise prime sur l'accord ayant un champ d'application plus large.

En moyenne, les 44 accords adoptés et indiquant quel est le volume applicable au niveau de la branche augmentent le contingent annuel conventionnel de 113%, soit plus du double. Tel que ces contingents annuels ont été augmentés, la moyenne pour ces 85 accords d'entreprise atteint 345,63 heures¹¹⁵.

Les niveaux les plus faibles de contingents sont ainsi fixés à 220 heures, tandis que **le plus élevé de tous est fixé à 572 heures¹¹⁶**. Pour prendre la mesure de ce dernier volume, nous pouvons le rapporter à la semaine : en retirant les cinq semaines de congés payés, une année civile compte quarante-sept semaines de travail. La durée légale hebdomadaire du travail étant fixée à 35 heures, pour épuiser toutes les heures du contingent, un salarié devrait travailler plus de 12 heures supplémentaires par semaine ($572/47=12,17$), soit plus de 47 heures de travail chaque semaine. La prévision d'un tel contingent a pour conséquence d'empêcher toute réalisation d'heures supplémentaires au-delà du contingent, compte tenu des durées maximales du travail. Mais cette précision nous conduit déjà à une analyse qualitative de ces accords.

¹¹³ Accord T06919006681

¹¹⁴ Accord T04319000303.

¹¹⁵ Rapporté à 47 semaines par an (les cinq semaines de congés payés étant déduites), cela correspond à plus de 7 heures supplémentaires par semaine, soit une durée hebdomadaire dépassant 42 heures. A titre de comparaison, un contingent fixé à 220h correspond, pour 47 semaines à un peu plus de 4 heures supplémentaires par semaine, soit une durée hebdomadaire de travail d'un peu plus de 39 heures.

¹¹⁶ Accord T07319001687.

C. Analyse qualitative : malentendu et doutes sur les raisons invoquées.

La lecture systématique de chacun des accords de notre extraction permet de faire ressortir un malentendu par rapport aux raisons qu'invoquent les rédacteurs. En effet, la lecture littérale des accords interroge sur une éventuelle incompréhension de ce qu'est le contingent d'heures supplémentaires (1), laquelle conduit à une ambiguïté concernant les droits des salariés (2).

1. Le malentendu : l'incompréhension du contingent ?

Les accords étudiés font tous état d'une même idée, juridiquement fautive (a). Le malentendu s'en trouve généralisé et, surtout, il est diffusé à l'aide d'accords qui, pour un certain nombre d'entre eux, reposent sur des modèles-types (b). Le malentendu ainsi entretenu, permet souvent de contourner les prévisions de la convention de branche (c). Il permet également d'expliquer que l'augmentation du contingent intervient pour remédier à une situation d'insécurité juridique (d).

a. Une idée juridiquement fautive.

La lecture de tous les accords augmentant le volume d'heures du contingent annuel met au jour une incompréhension à propos de ce qu'est le contingent. Tous les accords sans exception reposent sur l'idée que le contingent limiterait le recours aux heures supplémentaires. En ce sens, les salariés ne pourraient effectuer d'heures supplémentaires que pour autant que ces heures sont autorisées par le contingent. Dès lors, plus le volume d'heures du contingent serait élevé, plus il deviendrait possible de faire réaliser des heures supplémentaires.

Cette idée est juridiquement fautive, puisque le contingent n'empêche nullement le recours aux heures supplémentaires. La rédaction de l'article L. 3121-30, alinéa 1^{er} du Code du travail ne souffre à cet égard d'aucune ambiguïté : « Des heures supplémentaires peuvent être accomplies dans la limite d'un contingent annuel. Les heures effectuées *au-delà de ce contingent annuel* ouvrent droit à une contrepartie obligatoire sous forme de repos ». Par

conséquent, seules les dispositions relatives au temps de repos¹¹⁷ et aux durées maximales¹¹⁸ du travail fixent les limites. Le contingent, s'il ne fait pas obstacle au recours de nouvelles heures supplémentaires, vise simplement à déterminer le seuil au-delà duquel chaque heure supplémentaire devra être compensée par du repos, en plus de la majoration salariale. Pour mémoire, le temps de repos est alors de 50% pour les entreprises de moins de 20 salariés. Ainsi, une heure réalisée hors contingent ouvre droit à 1h30 de repos compensateur.

Cependant aucun des accords étudiés ne repose sur cet élément du droit positif.

b. Un malentendu généralisé et diffusé par des modèles d'accord.

Au contraire, tous les accords étudiés retiennent comme postulat la nécessité de disposer d'un contingent plus élevé pour y puiser les seules heures supplémentaires possibles. Ce point interpelle à plus d'un titre.

Il met en évidence une idée sans doute reçue par les parties au contrat de travail, et en particulier par l'employeur qui, seul, peut exiger des heures supplémentaires. Cette idée se diffuse à travers des formule-type, tantôt reprises à l'identique, tantôt adaptées, de sorte que l'élaboration de la plupart de ces textes s'est faite avec l'appui de modèles d'accord. Par ce procédé, le malentendu se généralise et se diffuse.

Plusieurs formules peuvent ici être citées en exemple :

« L'activité de la société implique des hausses ponctuelles d'activité, auxquelles il faut répondre rapidement. Dans ce cadre il est nécessaire d'augmenter le volume du contingent annuel d'heures supplémentaires pour faire face aux besoins »¹¹⁹.

¹¹⁷ Article L. 3131-1 du Code du travail : « Tout salarié bénéficie d'un repos quotidien d'une durée minimale de onze heures consécutives, sauf dans les cas prévus aux articles L. 3131-2 et L. 3131-3 ou en cas d'urgence, dans des conditions déterminées par décret ».

¹¹⁸ Deux limites sont posées par l'article L. 3121-20 du Code du travail (« Au cours d'une même semaine, la durée maximale hebdomadaire de travail est de quarante-huit heures ») et par l'article L. 3121-22 (« La durée hebdomadaire de travail calculée sur une période quelconque de douze semaines consécutives ne peut dépasser quarante-quatre heures, sauf dans les cas prévus aux articles L. 3121-23 à L. 3121-25 »).

¹¹⁹ Accord T03820004817

« Le présent accord a pour objet de faciliter l'accomplissement d'heures supplémentaires dans l'entreprise, dont l'activité est sujette à fluctuation, afin de permettre à l'entreprise de répondre aux demandes de ses clients »¹²⁰.

« Afin de faciliter l'accomplissement d'heures supplémentaires dans l'entreprise, et de permettre à l'entreprise de répondre aux demandes des clients, la Direction a souhaité augmenter ce contingent annuel d'heures supplémentaires »¹²¹.

« Il s'avère aujourd'hui nécessaire d'adapter le volume du contingent des heures supplémentaires aux exigences de son activité économique »¹²².

L'augmentation du volume d'heures du contingent est donc présentée comme une nécessité pour faire face aux besoins de l'entreprise et pour lui permettre d'assurer son activité. La quasi-totalité des 85 accords reviennent ainsi, dans leur préambule ou dans un article relatif à « l'objet » de l'accord, sur les spécificités de l'activité qui comportent des fluctuations et des hausses importantes, qui requièrent de répondre à des demandes urgentes de la clientèle, qui impliquent des tensions sur un marché et des contraintes de temps. Certains accords envisagent aussi une reprise d'activité post-Covid et entendent s'y préparer. En somme, le contingent est présenté comme un outil d'adaptation et de flexibilité dans l'organisation du travail.

Toutefois, comme nous l'avons rappelé, le contingent n'est pas une limite au recours des heures supplémentaires. Il est seulement un seuil au-delà duquel les heures effectuées donnent lieu à une contrepartie obligatoire en repos. Dans ce cadre, laisser entendre que les salariés pourront faire davantage d'heures supplémentaires si et seulement si le contingent est augmenté apparaît juridiquement faux et témoigne, à première vue, d'une méconnaissance. Or, si cette méconnaissance du droit du travail par le dirigeant d'une TPE est envisageable, elle apparaît plus difficilement imputable à des structures qui ont pu conseiller l'entreprise (qu'il s'agisse par exemple de cabinets d'expert-comptable ou d'organisations patronales). L'hypothèse peut alors être émise qu'il s'agit davantage pour l'entreprise de lever un frein, une lourdeur pesant

¹²⁰ Accord T06919006274

¹²¹ Accord T06919007105

¹²² Accord T00119001339

sur la gestion du personnel qui consiste, ici, à allouer un repos supplémentaire aux salariés dès lors que le contingent est dépassé. Si tel est l'objectif poursuivi, les accords en question souffrent alors d'un manque d'information claire sur ce point. Nulle part il n'est expliqué que l'augmentation du contingent a pour but d'éviter le bénéfice d'un repos supplémentaire que l'entreprise ne serait pas en mesure d'allouer. C'est pourtant sur la base des informations contenues dans l'accord, transmis aux salariés, que leur consultation peut être organisée. Par ailleurs, plusieurs fois, ces mesures sont présentées comme d'autant plus indispensables que la convention de branche serait totalement inadaptée.

c. L'émancipation des prévisions de la branche.

Plusieurs des accords étudiés pointent directement la convention collective de branche comme ne permettant pas de répondre aux besoins spécifiques de l'activité de l'entreprise en matière d'heures supplémentaires.

On peut ainsi lire :

« La société X exerce son activité dans le domaine des travaux publics, elle est donc soumise à la convention collective nationale des ouvriers des travaux publics du 15 décembre 1992.

Toutefois, cette convention étant relativement ancienne certains aspects ne sont plus adaptés à la réalité actuelle. La société et les salariés ont donc jugé nécessaire d'adapter certains points à leur mode de fonctionnement particulier par le biais d'un accord collectif d'entreprise.

Le présent accord a notamment pour objet de modifier le contingent annuel d'heures supplémentaires afin de l'adapter aux nécessités de l'activité »¹²³.

¹²³ Accord T02619001614

« L'objectif du présent accord est donc d'adapter les modalités d'accomplissement des heures supplémentaires du personnel afin que ces dernières soient plus proches des nécessités de fonctionnement de la Société X.

En conséquence, le contingent annuel d'heures supplémentaires de 220 heures, prévu par la loi et la convention collective applicable de la Métallurgie (OETAM) Drôme Ardèche qui renvoie s'agissant des questions de durée du travail aux accord nationaux de la Métallurgie, s'avère insuffisant pour faire face aux impératifs économiques de l'entreprise »¹²⁴.

« La société X est soumise aux dispositions de la convention collective nationale de la métallurgie du 24 novembre 1994 (IDCC 1867).

Compte tenu de l'activité de la société, il apparaît nécessaire d'adapter le volume du contingent des heures supplémentaires aux exigences de l'activité économique de l'entreprise.

[...] Conscientes que le contingent d'heures supplémentaires prévu par la Convention collective nationale applicable n'est plus en adéquation avec les exigences de l'activité, les parties ont convenu de négocier sur l'augmentation du contingent d'heures supplémentaires ainsi que sur les modalités de recours et de rétribution des heures supplémentaires.

Le présent accord a donc pour objectif de permettre à la société et aux salariés de recourir aux heures supplémentaires dans le cadre d'un contingent supérieur à celui prévu par la convention collective applicable »¹²⁵.

« La société X est soumise aux dispositions de la convention collective nationale de la fabrication de l'ameublement du 14 janvier 1986 (IDCC 1411).

Il apparaît nécessaire d'adapter le volume du contingent des heures supplémentaires aux exigences de l'activité économique de l'entreprise.

[...] Conscientes que le contingent d'heures supplémentaires prévu par la Convention collective nationale applicable n'est plus en adéquation avec les exigences de l'activité, les parties ont convenues de négocier sur l'augmentation du contingent d'heures supplémentaires ainsi que sur les modalités de recours et de rétribution des heures supplémentaires.

¹²⁴ Accord T02619001603

¹²⁵ Accord T02619000773

*Le présent accord a donc pour objectif de permettre à la société et aux salariés de recourir aux heures supplémentaires dans le cadre d'un contingent supérieur à celui prévu par la convention collective de la fabrication de l'ameublement du 14 janvier 1986 ».*¹²⁶

*« Dans un contexte de concurrence élevée entre les entreprises et afin de mieux répondre aux exigences de l'activité et aux demandes des clients, le présent accord a pour objectif, d'une part, de définir un contingent annuel d'heures supplémentaires adapté aux besoins de l'entreprise, le volume fixé par la Convention collective Bureaux d'études techniques n'étant pas en adéquation avec ceux-ci, et d'autre part, de convenir d'un taux unique de majoration des heures supplémentaires ».*¹²⁷

Chacun de ces accords entretient alors un possible malentendu, tout en soutenant que les dispositions conventionnelles de branche sont inadaptées aux réalités économiques. A aucun moment, l'enjeu lié à la privation du droit au repos compensateur n'est évoqué.

Dans d'autres cas, s'ajoute un autre argument pour écarter l'application des dispositions de la branche. Il tient de la volonté d'en simplifier les règles dans un contexte présenté comme complexe, voire « d'insécurité juridique »¹²⁸.

d. L'augmentation du contingent au secours d'une prétendue insécurité conventionnelle.

Deux situations doivent ici être évoquées.

La première concerne des sociétés juridiquement distinctes mais appartenant au même groupe. La coexistence de ces structures très proches génère alors certaines difficultés

¹²⁶ Accord T03818001750

¹²⁷ Accord T06918003546

¹²⁸ Sur la référence à « une situation de grande insécurité juridique », voir par exemple les accords T07319001705 et T07319001672, à propos de la Convention collective nationale des ouvriers du bâtiment.

consécutives à l'applicabilité de deux conventions collectives de branche différentes. En effet, selon le préambule de l'accord T06919009055, adopté au sein de la société X, située à Saint-Martin-en-Haut (commune du département du Rhône comptant environ 3900 habitants), cet environnement juridique requerrait une simplification :

« La Société, qui appartient au groupe X, applique les dispositions de la convention collective « aéronautique, thermique et frigorifique » (IDCC 3023).

Toutefois, sa société « sœur », la société X applique les dispositions de la convention collective du bâtiment (IDCC 3193).

Un seul et même service gère au sein du groupe X les ressources humaines. A ce titre, ce service veille au respect des dispositions légales, conventionnelles et contractuelles relatives à la durée du travail des salariés.

Or, les deux conventions précitées stipulent des dispositions différentes en matière de durée du travail, en particulier s'agissant des heures supplémentaires et du contingent annuel afférent.

*L'activité des deux sociétés se développant, **il est devenu difficile pour le service en charge des ressources humaines de celles-ci d'appliquer les dispositions spécifiques de chacune des deux conventions collectives.***

*C'est dans ce **contexte de nécessaire uniformisation** des dispositions relatives aux heures supplémentaires, en particulier du contingent annuel, dans le but de faciliter la vérification des pratiques dans le souci de protéger la santé et la sécurité des salariés, et plus largement de veiller au respect de leurs droits, tout en prenant en compte les contraintes économiques de la Société, que le présent accord a été conclu. Il convient de préciser qu'un accord similaire a été soumis à l'approbation de l'ensemble du personnel de la société X ».*

Une recherche sur les données publiquement consultables relatives à ces structures permet effectivement de comprendre que trois sociétés sont implantées sur la même commune : la société X¹²⁹, la société X¹³⁰ et la société X¹³¹.

¹²⁹ 7 salariés, selon l'effectif renseigné pour l'enregistrement de l'accord

¹³⁰ 6 salariés, selon l'effectif renseigné pour l'enregistrement de l'accord T06919008980

¹³¹ Comptant entre 3 à 5 salariés selon societe.com

Juridiquement séparées, ces structures, que le préambule qualifie lui-même de “sœurs”, entretiennent des liens étroits. De la sorte, le service qui leur est commun, chargé des ressources humaines, doit composer avec l’application de conventions collectives de branche distinctes. Sur la question du contingent annuel, le référendum a ainsi rendu possible, au sein de deux de ces structures comptant, isolément, moins de onze salariés, la détermination d’un volume unique et commun. Au motif avancé d’une complexité conventionnelle¹³², le malentendu se trouve entretenu et entraîne pour ces salariés, une augmentation du contingent.

La seconde situation concerne le secteur du bâtiment et a motivé l’adoption de vingt-huit accords dans autant de structures différentes :

Codification Legifrance	Dénomination entreprise
T04220003088	[REDACTED]
T03820004865	[REDACTED]
T04220002624	[REDACTED]
T04220002622	[REDACTED]
T07319001824	[REDACTED]
T03819004266	[REDACTED]
T03819004172	[REDACTED]
T06919008929	[REDACTED]
T07319001753	[REDACTED]
T03819004079	[REDACTED]
T03819004077	[REDACTED]
T06919008654	[REDACTED]
T03819004054	[REDACTED]
T07319001705	[REDACTED]
T06919008180	[REDACTED]
T07319001672	[REDACTED]
T03819003910	[REDACTED]
T03819003798	[REDACTED]
T03819003797	[REDACTED]

¹³² Mais résultant en réalité d’un montage juridique concernant des sociétés distinctes.

T03819003796	[REDACTED]
T00119001754	[REDACTED]
T06919007871	[REDACTED]
T06919007866	[REDACTED]
T03819003193	[REDACTED]
T01519000268	[REDACTED]
T03819003085	[REDACTED]
T03819003011	[REDACTED]
T03819001798	[REDACTED]

Chacun de ces 28 accords comporte, à quelques mots près parfois, le même préambule :

« Depuis le 1er juillet 2018, l'entreprise a fait évoluer certaines de ses pratiques, afin de se mettre en conformité avec la nouvelle rédaction de la Convention collective nationale des Ouvriers du 8 octobre 1990 révisée le 7 mars 2018. Toutefois, cette nouvelle rédaction vient d'être remise en cause.

Partant du constat que l'activité de l'entreprise nécessite de conserver à son niveau des avancées importantes issues du texte révisé, tant pour les salariés que pour l'entreprise, et soucieuses de préserver cet équilibre global, les parties ont décidé de maintenir le contingent d'heures supplémentaires à un niveau élevé ».

Le Préambule de l'accord T07319001705 (X) précise encore :

« Le présent accord intervient à la suite de l'annonce de l'irrégularité des nouvelles Conventions Collectives Nationales des Ouvriers du Bâtiment du 7 mars 2018 qui rend impossible leur application au-delà du 27 février 2019 et de la disparition de la Convention Collective Départementale des Ouvriers du Bâtiment de la Savoie du 1er décembre 2003 dénoncée dans le cadre des négociations de 2018.

Dans ce contexte les entreprises de Bâtiment se retrouvent dans une situation de grande insécurité juridique, avec un retour aux seules Conventions Collectives Nationales des Ouvriers du Bâtiment du 8 octobre 1990 qui sont muettes sur un grand nombre de dispositions essentielles à la profession ».

Une clarification du contexte s'impose.

Le 7 mars 2018, les partenaires sociaux du secteur du Bâtiment ont négocié et signé deux nouvelles conventions collectives nationales des ouvriers du Bâtiment. Ces nouveaux accords, applicables à compter du 1er juillet 2018, étaient censés remplacer les conventions du 8 octobre 1990 et conduisaient, notamment, à prévoir un contingent de 265 heures au lieu de 145 heures.

Cependant, lors de la négociation, un incident était survenu. L'une des organisations patronales – la FFB (Fédération Française du Bâtiment) – a refusé l'accès à ses locaux, où se déroulaient pourtant les négociations, à l'un des membres de la délégation de la CGT. Le syndicat ayant agi en justice, la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 10 janvier 2019¹³³, a suspendu les effets des nouvelles conventions collectives des ouvriers et des autres accords signés.

Deux nouveaux accords ont alors immédiatement été conclus, reprenant globalement le même contenu que celui des accords du 7 mars 2018. Signés le 20 mars 2019, ces nouveaux accords devaient entrer en vigueur le 1^{er} mai suivant. Mais la CGT et la CFDT, syndicats majoritaires, ont fait valoir leur droit d'opposition.

C'est donc dans ce contexte, particulièrement brûlant au niveau de la branche, que les 28 accords de notre extraction s'inscrivent. L'objet de ces accords est alors très ciblé : permettre l'augmentation considérable du contingent annuel (sans d'ailleurs revenir sur la majoration salariale des heures supplémentaires telle qu'elle est définie par l'article D. 3121-24) en adoptant, par accords d'entreprise ratifié par référendum, un contingent de 300 heures dans certains cas, 360 heures dans d'autres.

Cette augmentation prend toujours appui sur le même malentendu : du volume du contingent dépendrait la possibilité de recourir aux heures supplémentaires. Or, comme nous l'avons dit, cette affirmation est juridiquement erronée. Le dépassement du contingent est possible. Mais lorsqu'il se réalise, il déclenche un droit particulier pour les salariés : celui

¹³³ N° 18/06465.

d'obtenir, en plus d'une majoration salariale, un repos compensateur¹³⁴. C'est de ce droit dont les salariés se retrouvent finalement privés.

2. *Les ambiguïtés des accords au sujet des droits des salariés.*

Augmenter le contingent annuel permet, non pas de faciliter le recours aux heures supplémentaires, mais de repousser le seuil au-delà duquel les salariés pourront obtenir le bénéfice d'un repos compensateur. C'est alors que peut naître un contresens : présentée comme servant les intérêts des salariés, l'augmentation du contingent limite au contraire leurs droits.

Rappelons que cette recherche porte sur ce dispositif, introduit par l'ordonnance du 22 septembre 2017, qui permet à l'employeur de « *proposer un projet d'accord aux salariés, qui porte sur l'ensemble des thèmes ouverts à la négociation collective d'entreprise* » prévus par le Code du travail, lequel sera « *considéré comme un accord d'entreprise valide* » s'il est ratifié à la majorité des deux tiers. C'est là la force de la loi qui qualifie d'*accord* ce qui est une décision unilatérale, définie sans négociation mais approuvée par la majorité des 2/3 des salariés.

Parler, dans les préambules des accords, d'entente, d'accord, de quête d'un équilibre entre les intérêts de chaque partie, dans le cadre du référendum, relève donc ici d'une fiction, (a). Ce faisant, les accords entretiennent une ambiguïté en prétendant que l'augmentation du contingent aura pour conséquence l'amélioration du pouvoir d'achat des salariés (b). Ainsi passent-ils sous silence les enjeux liés aux conditions de travail et au respect de la vie personnelle des salariés (c). Autant d'éléments qui mettent en évidence des risques de leurre (d).

a. L'entretien d'une fiction.

L'analyse des accords relatifs aux heures supplémentaires et à l'augmentation du contingent permet de voir de quelle manière cette fiction est entretenue. Car l'augmentation du

¹³⁴ Article L. 3121-30 du Code du travail.

contingent est présentée comme décidée « *d'un commun accord* »¹³⁵ par les parties, dès lors que le volume en vigueur « *ne permet pas au personnel de la société d'exercer son travail dans des conditions satisfaisantes* »¹³⁶.

Du côté des salariés, cette augmentation permettrait de répondre à leurs « *aspirations* »¹³⁷ et à leurs « *attentes* »¹³⁸ car, selon les accords, l'« *intérêt des salariés s'est manifesté pour réaliser des heures supplémentaires* »¹³⁹, lesquelles sont un « *levier indispensable [...] à la motivation des travailleurs* »¹⁴⁰.

En fouillant davantage les raisons avancées, une ambiguïté apparaît : les accords corrélaient augmentation du contingent et augmentation du pouvoir d'achat des salariés.

b. L'ambiguïté sur l'augmentation du pouvoir d'achat des salariés.

Nombre d'accords prétendent que l'augmentation du contingent d'heures supplémentaires va permettre aux salariés d'augmenter leur rémunération.

« *La revalorisation du contingent permettra d'augmenter le pouvoir d'achat des collaborateurs en leur offrant la possibilité d'accomplir un nombre d'heures supplémentaires plus important* »¹⁴¹.

« De ce fait, des heures supplémentaires sont régulièrement accomplies par le personnel qui voit « l'intérêt de travailler plus pour gagner plus ».

¹³⁵ T07318000441.

¹³⁶ La formule est commune aux accords T04220003413 et A02618001883.

¹³⁷ Accord T07319001687.

¹³⁸ Accord T06919007597.

¹³⁹ Accord T06918000549.

¹⁴⁰ Accord T04320000728, accord T07719001962, accord T04319000484, accord T0431900481, accord T04319000303.

¹⁴¹ Accord T04219001867.

Compte tenu de ce contexte, l'entreprise a souhaité mettre en place un accord afin d'augmenter le contingent annuel d'heures supplémentaires prévu par la convention collective »¹⁴².

« Le présent accord a ainsi, pour principal objectif d'adapter la limite relative au contingent annuel d'heures supplémentaires, aux réalités économiques et humaines auxquelles l'entreprise doit faire face.

La motivation étant bien de gérer au mieux la durée de travail des salariés au regard de l'activité de l'entreprise et de la volonté des salariés de travailler davantage.

Dans ce cadre, le présent accord collectif a été négocié et conclu, en vue de permettre aux salariés d'effectuer un nombre d'heure plus important, et donc de percevoir la rémunération afférente, étant précisé qu'une réduction de cotisations salariales sur les heures supplémentaires est applicable depuis le 1er janvier 2019 et de permettre à l'entreprise de mieux gérer son activité au regard de la conjoncture économique et concurrentielle »¹⁴³.

« Le présent accord a pour objet de faciliter l'accomplissement d'heures supplémentaires dans l'entreprise afin de permettre à cette dernière d'assurer la pérennité de l'activité dans un secteur de plus en plus concurrentiel tout en offrant aux salariés l'amélioration de leur pouvoir d'achat dans les cas prévus de paiement des heures supplémentaires »¹⁴⁴.

« La société a souhaité permettre à ses salariés de bénéficier d'une réduction des cotisations salariales et d'une exonération d'impôt sur le revenu, sur les heures supplémentaires effectivement accomplies »¹⁴⁵.

Selon la lettre de ces accords, plus le contingent est élevé, plus les salariés pourront accomplir des heures supplémentaires qui, par rapport aux heures normales de travail, sont

¹⁴² Accord T03819004122.

¹⁴³ Accord T07320001919.

¹⁴⁴ Accord T06919007971.

¹⁴⁵ Accord T06919007569.

majorées. Or, **toutes les heures supplémentaires, qu'elles soient accomplies au sein du contingent, comme en dehors de celui-ci, doivent être majorées.** Par conséquent, le contingent est sans incidence sur ce terrain.

En effet, la loi impose le bénéfice d'un repos compensateur pour les seules heures accomplies hors contingent. Augmenter le volume d'heures du contingent conduit donc à reculer le seuil au-delà duquel ce droit sera ouvert. Or, de cela, il n'est jamais fait mention dans les 85 accords analysés et l'information des salariés n'est pas garantie.

Autrement dit, non seulement les salariés ne sont pas avertis de la restriction qui est apportée à leur droit au repos compensateur, mais la lettre des accords sur lesquels ils se prononce est ambiguë puisqu'est évoquée la perspective d'une meilleure rémunération qui, en tout état de cause, leur est due. L'augmentation du contingent facilitera sans doute pour l'entreprise le recours aux heures supplémentaires, puisqu'elles seront dispensées d'accorder aux salariés un repos compensateur. De ce fait, les salariés ne gagneront plus que si l'entreprise hésitait jusqu'alors à solliciter certaines des heures supplémentaires, ne souhaitant pas accorder ou gérer la prise de repos compensateur. Alors, ce gain s'opère au prix de la renonciation au droit au repos.

Seuls deux accords – reposant sur le même modèle – **prévoient d'authentiques contreparties à la mise en place d'un contingent de 300 heures**, bien qu'ils reposent eux aussi sur le malentendu suivant lequel *« le présent accord a pour objet de faciliter l'accomplissement d'heures supplémentaires dans l'entreprise, dont l'activité est sujette à fluctuation, afin de permettre à l'entreprise de répondre aux demandes des clients »* :

- Selon le premier de ces accords, *« en contrepartie de l'augmentation du contingent annuel d'heures supplémentaires, il est alloué aux salariés ETAM un repos supplémentaire de 2 jours par an »*¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Accord T00119001339.

- Selon le deuxième, « *en contrepartie de l'augmentation du contingent annuel d'heures supplémentaires, il est alloué aux salariés une prime exceptionnelle de 500 € brut* »¹⁴⁷.

Signalons ici qu'un accord¹⁴⁸ **va encore plus loin que le seul éloignement d'un droit au repos compensateur** : Après avoir porté le volume du contingent à 300 heures, puis fixé la majoration des heures supplémentaires au minimum de 10%, l'accord énonce avoir « *pour objet d'adapter les dispositions relatives au système de primes prévues par la Convention collective des Transports routiers et activités auxiliaires du transport pour les rendre plus pertinentes au regard de l'activité cyclique de la société* ».

Ce faisant, à compter de la date de publication de l'accord, sont supprimées :

- « *La prime de 13ème mois prévue par la Convention collective des Transports routiers et activités auxiliaires du transport* »
- « *L'indemnité de 4/30ème prévue par la Convention collective des Transports routiers et activités auxiliaires du transport* ».

Le préambule de l'accord affirmait pourtant que « *l'objet de cet accord tel que précisé ci-dessous, est de mettre en place une organisation du travail plus proche du travail cyclique de la Société, tout en préservant les droits des salariés* »

En tout état de cause, les accords étudiés contiennent des affirmations sur les conséquences de l'augmentation du volume d'heures du contingent qui sont juridiquement fausses (quoi qu'elles puissent relever d'une certaine logique gestionnaire). Là où des contreparties sont promises aux salariés en termes d'augmentation du pouvoir d'achat, c'est leur droit au repos compensateur qui est entamé.

¹⁴⁷ Accord T00119001333.

¹⁴⁸ Accord T06919006681.

Mais les conséquences d'une telle augmentation posent d'autres questions s'agissant des conditions de travail des salariés et précisément du respect de leur vie personnelle.

c. Enjeux des conditions de travail et de la vie personnelle.

Nombre d'accords mentionnent une attention portée à la situation des salariés :

« Les Parties ont, en effet, convenu de l'intérêt de cette augmentation du contingent annuel d'heures supplémentaires afin d'améliorer l'efficacité opérationnelle de la société X, celle-ci devant faire face notamment à des fluctuations d'activités liées à la saisonnalité.

Les Parties souhaitent rappeler la nécessité de garantir le respect des repos quotidiens et hebdomadaires et des durées légales du travail, ainsi que de veiller à ce que la charge de travail des salariés reste en tout état de cause raisonnable »¹⁴⁹.

« Dans ce cadre, il est nécessaire d'augmenter le volume du contingent annuel d'heures supplémentaires pour faire face aux besoins de la Société X.

Son objectif est de concilier les intérêts et le développement de l'entreprise et la mise en place de conditions de recours aux heures supplémentaires permettant aux salariés de conserver un équilibre satisfaisant entre leur vie professionnelle et leur vie personnelle »¹⁵⁰.

« Dans le cadre du développement de son activité, la société X a souhaité, conformément aux dispositions des articles L. 3121-33 et L. 2232-21 du Code du travail, mettre en place une organisation du travail ayant pour objectif de concilier :

- *Les besoins et les valeurs de l'entreprise mettant la satisfaction des clients au cœur de sa stratégie en leur assurant un service de qualité ;*
- *Les intérêts et aspirations des salariés, sensibles à la préservation de leurs conditions de vie au travail, au développement de leur autonomie et au respect de leur équilibre entre leur activité professionnelle et leur vie personnelle »¹⁵¹.*

¹⁴⁹ Accord T06919006159.

¹⁵⁰ Accord T03820004865.

¹⁵¹ Accord T04219002007.

En lisant ces préambules, la question se pose de savoir quelles garanties sont véritablement accordées par les accords aux salariés. L'augmentation conséquente des contingents interroge également sur les effets que produirait la réalisation de la totalité des heures contingentées.

Des 85 accords portant augmentation du volume d'heure du contingent annuel, un seul définit un dispositif d'alerte.

Selon l'article 5 de l'accord¹⁵² :

« Afin de s'assurer que cette augmentation du contingent d'heures supplémentaires ne pourra avoir pour conséquence un non-respect des durées maximales de travail ni aller à l'encontre des durées minimales de repos quotidiens et hebdomadaires, telles que fixées par les dispositions légales en vigueur, l'entreprise X met en place un dispositif d'alerte.

Tout salarié peut alerter son supérieur hiérarchique ou un membre de la Direction de l'entreprise des difficultés inhabituelles rencontrées portant sur son organisation et sa charge de travail.

A la suite de cette alerte, le salarié sera reçu par son supérieur hiérarchique ou un membre de la Direction de l'entreprise. A la suite de cet entretien, en concertation avec le salarié, l'entreprise X mettra en place des mesures pour permettre un traitement effectif de la situation. De même, si un supérieur hiérarchique ou un membre de la Direction de la Société constate que l'organisation du travail adoptée par un salarié aboutit à des situations anormales, il a la faculté d'organiser un entretien avec ce salarié ».

Aucun autre accord ne prévoit de dispositif similaire.

La question des conditions de travail et du respect de la vie personnelle se pose pourtant.

¹⁵² Accord T06919007971.

Nous avons vu que la moyenne des contingents définis par les 85 accords atteignait 345,63 heures.

Concrètement, cela signifie qu'un salarié pourrait être amené à effectuer chaque semaine un peu plus de sept heures supplémentaires¹⁵³, lesquelles seraient majorées, mais ne donneraient lieu à aucun repos compensateur. Le salarié pourrait ainsi effectuer de manière systématique, chaque semaine, plus de 42 heures de travail.

Si un tel volume ne contrevient pas aux durées maximales hebdomadaires¹⁵⁴, il pose question au regard des conditions de travail auxquelles est soumis le salarié ainsi qu'à la réduction de son temps libre.

Les inquiétudes sont d'autant plus grandes lorsque les accords définissent un contingent supérieur à cette moyenne de 345,63 heures.

Le tableau ci-dessous indique les différents volumes définis par ces accords en précisant, à chaque fois, le nombre d'accords retenant un tel volume. Il précise aussi ce qu'un tel contingent permet d'heures supplémentaires en moyenne chaque semaine (sur 47 semaines sur l'année, les 5 semaines de congés payés étant soustraites), et à quelle durée moyenne hebdomadaire cela conduirait en cas de recours systématique à ces heures.

Volume d'heures du contingent	Nombre d'accords fixant ce volume	Moyenne d'heures supplémentaires chaque semaine	Durée moyenne hebdomadaire
350	7	7,45	42,45
360	21	7,66	42,66
380	5	8,09	43,09
390	1	8,3	43,3

¹⁵³ 345,63 divisé par 47 semaines (les cinq semaines de congés payés étant déduites).

¹⁵⁴ Selon l'article L. 3121-20 du Code du travail « Au cours d'une même semaine, la durée maximale hebdomadaire de travail est de quarante-huit heures ». Et selon l'article L. 3121-22, « La durée hebdomadaire de travail calculée sur une période quelconque de douze semaines consécutives ne peut dépasser quarante-quatre heures, sauf dans les cas prévus aux articles L. 3121-23 à L. 3121-25 ».

400	8	8,5	43,5
410	1	8,72	43,72
414	1	8,8	43,8
415	1	8,83	43,83
420	3	8,9	43,9
423	1	9	44
450	2	9,57	44,57
460	1	9,79	44,79
572	1	12,17	47,17

Volume des contingents définis par les accords adoptés à la majorité des 2/3 entre le 1^{er} janvier 2018 et le 31 août 2020

Ce tableau, s'il illustre l'explosion du volume d'heures du contingent, met également en évidence que **les salariés des entreprises dotées de ces accords ne bénéficieront jamais de repos compensateur au titre des heures supplémentaires hors contingent**. En effet, la réalisation de telles heures conduirait à violer les durées maximales du travail. Sans aller jusque-là, ces salariés pourraient être soumis à des durées du travail excessives, sans autre contrepartie que la majoration salariale. L'écart entre les discours portés par les accords et les mesures qu'ils adoptent est alors immense.

Ainsi, l'accord T07319001687 adopté par la Société X, située à Chambéry, énonce, en préambule :

« Les parties ont notamment constaté que le contingent annuel d'heures supplémentaires actuellement en vigueur au sein de la Société (à ce jour, 220 heures par an), était inadapté aux besoins de l'activité de l'entreprise ainsi qu'aux attentes des salariés.

Les réalités économiques, les évolutions législatives, les aspirations des salariés et les contraintes propres à la Société ont donc conduit la Direction et le Personnel à réfléchir à la fixation d'un contingent annuel d'heures supplémentaires adapté aux contraintes de l'activité

de la Société, tout en reconnaissant la nécessité de prendre en compte les impératifs de sécurité, de la santé et de la vie sociale et familiale des salariés.

C'est ainsi et en ce sens qu'a été établi le présent Accord Collectif relatif au contingent annuel d'heures supplémentaires, poursuivant les objectifs suivants :

- Fixer un contingent annuel d'heures supplémentaires adapté à l'organisation et à l'activité de la Société ;*
- Maintenir et préserver la qualité de vie au travail ainsi que l'équilibre entre vie professionnelle et vie personnelle ».*

Ce faisant, l'accord fixe le contingent annuel à 572 heures. Son application pourrait conduire à une durée de travail hebdomadaire moyenne de 47 heures, ce que l'article L. 3121-22 prohibe¹⁵⁵, rendant illusoire la possibilité de bénéficier des contreparties que définit l'accord pour les heures accomplies au-delà de ce contingent. De plus, si un salarié devait accomplir un tel volume d'heures supplémentaires, prétendre « *maintenir et préserver la qualité de vie au travail ainsi que l'équilibre entre vie professionnelle et vie personnelle* », comme « *prendre en compte les impératifs de sécurité, de la santé et de la vie sociale et familiale* », interroge.

En définitive, l'analyse des accords relatifs aux heures supplémentaires fait apparaître un risque de leurre pour les salariés, sur le régime du contingent, ses effets sur leur rémunération et leurs droits :

- L'augmentation de volume d'heures du contingent annuel n'a pas le moindre effet sur la rémunération des salariés.
- Elle opère en revanche un recul du seuil au-delà duquel le salarié aura droit à une repos compensateur, en plus d'une majoration salariale, au titre des heures supplémentaires réalisées.
- Plus ce seuil est élevé, plus le droit au repos compensateur s'éloigne, se réduit et disparaît.

¹⁵⁵ « La durée hebdomadaire de travail calculée sur une période quelconque de douze semaines consécutives ne peut dépasser quarante-quatre heures, sauf dans les cas prévus aux articles L. 3121-23 à L. 3121-25 ».

Codification Legifrance	Effectif	Contingent Accord TPE	Contingent CCN (si renseigné dans l'accord)	Variation/CCN (+ x%)	Contingent légal	Variation/Loi (+ x%)
T03820005937	20	360			220	64%
T04220003413	4	420	270	56%	220	91%
T06920011343	17	423	265	60%	220	92%
T03820005376	12	330			220	50%
T06920011133	23	400	220	82%	220	82%
T06920011103	5	360			220	64%
T06920011051	12	400	180	122%	220	82%
T04220003088	9	360			220	64%
T00120002410	12	400	180	122%	220	82%
T03820005064	9	350			220	59%
T07320002047	7	x	x			
T03820004865	8	360			220	64%
T03820004817	14	450			220	105%
T04320000728	4	300	190	58%	220	36%
T03820004728	9	400	150	167%	220	82%
T06920009899	15	300	130	131%	220	36%
T07320001919	3	420	150	180%	220	91%
T04220002624	8	360			220	64%
T04220002622	9	360			220	64%
T07319001824	20	300			220	36%
T06920009342	5	460			220	109%
T02619001614	8	350			220	59%
T06919009243	7	250			220	14%
T02619001603	8	420	220	91%	220	91%
T03819004266	16	350			220	59%
T06919009055	7	360			220	64%
T00119001956	3	x	x			
T03819004172	19	360			220	64%
T06919008929	10	360			220	64%

T07319001768	27	360				220	64%
T07319001753	15	360				220	64%
T06319001880	12	350				220	59%
T03819004122	7	390				220	77%
T03819004079	9	300				220	36%
T03819004077	7	300				220	36%
T06919008654	12	360				220	64%
T03819004054	20	360	145		148%	220	64%
T07319001705	17	300				220	36%
T07319001687	9	572	220		160%	220	160%
T06919008180	12	360	145		148%	220	64%
T07319001672	20	340	145		134%	220	55%
T03819003910	17	360	145		148%	220	64%
T03819003798	20	300	145		107%	220	36%
T03819003797	9	300	145		107%	220	36%
T03819003796	4	300	145		107%	220	36%
T00119001754	15	300	145		107%	220	36%
T06919007971	7	400	220		82%	220	82%
T06919007871	3	360	145		148%	220	64%
T06919007866	3	360	145		148%	220	64%
T07319001501	13	410				220	86%
T01519000288	6	414	145		186%	220	88%
T06919007738	31	360				220	64%
T06919007597	13	400				220	82%
T06919007569	9	300				220	36%
T03819003193	15	360	145		148%	220	64%
T04219002007	8	380				220	73%
T04219001867	12	450				220	105%
T01519000268	8	300	145		107%	220	36%
T06919007105	5	360	180			220	64%
T06919006681	13	300	195		54%	220	36%
T03819003085	8	360				220	64%

T03819003011	13	300				220	36%
T06919006274	5	350	220	59%		220	59%
T06919006163	1	320				220	45%
T00119001339	7	300	130	131%		220	36%
T06919006159	31	415	220	89%		220	89%
T00119001333	7	300	150	100%		220	36%
T07719001962	4	380	180	111%		220	73%
T04319000484	4	380	180	111%		220	73%
T04319000481	12	380	180	111%		220	73%
T06919005753	4	350				220	59%
T02619000904	2	250				220	14%
T03819002438	7	x	x				
T06319001061	9	330				220	50%
T03819002115	19	introuvable	introuvable				
T02619000773	6	400	220	82%		220	82%
T06919004380	10	300	180	67%		220	36%
T04319000303	7	380	130	192%		220	73%
T03819001798	2	300				220	36%
T06918003696	4	350	220	59%		220	59%
T03818001750	15	400	150	167%		220	82%
T06918003546	1	250	130	92%		220	14%
T00118000748	1	220	130	69%		220	0%
T00118000748	2	220	130	69%		220	0%
T07318000441	4	220	130	69%		220	0%
T07318000332	7	x	x				
T07318000058	8	x	x				
T04218000239	8	220				220	0%
T06918000605	9	220	140	57%		220	0%
T06918000549	13	220				220	0%
A00318001644	8	250	150	67%		220	14%
Moyennes		345,8	169,4	112%		220	62%

III. Le recours au référendum dans les TPE du paysage

Le choix de retenir comme piste de travail les conditions dans lesquelles il a été fait appel au référendum pour ratifier un projet d'accord d'entreprise dans les entreprises du secteur de l'aménagement paysager est parti d'un constat, à la lecture des accords de la base fournie par la Dreets. Ce constat était celui d'un nombre conséquent d'accords collectifs et en particulier d'accords identiques ou très proches. Ces accords donnent à voir l'existence d'une situation particulière, propre à ce secteur, ayant rendu opportune une régulation conventionnelle au moyen du dispositif prévu par l'ordonnance du 22 septembre 2017.

En effet, les TPE sont très majoritaires dans ce secteur (A). Faute de représentation syndicale, et même souvent de représentation élue dans ces entreprises, seuls le recours au référendum ou à la négociation avec un salarié mandaté par une organisation syndicale sont envisageables. La consultation directe des salariés sur un projet élaboré par l'employeur a été la voie retenue, aucun accord conclu avec un salarié mandaté ne figure parmi ceux de l'échantillon. Ces accords peuvent avoir plusieurs objets, mais l'un d'eux leur est à tous commun : la gestion conventionnelle des temps de déplacement. Ces temps de trajets sont inhérents à l'activité puisque les ouvriers et chefs d'équipes ou de chantiers effectuent systématiquement leur prestation de travail à l'extérieur de l'entreprise, chez chacun des clients.

Nous sommes là face à une question particulièrement sensible, touchant tout à la fois aux conditions d'emploi, donc à la rentabilité économique de l'activité, mais aussi aux conditions de travail (B). Ainsi, l'UNEP, principale organisation patronale de la branche, se montre très active sur le sujet. Cette organisation est en effet à l'origine de la diffusion de modèles d'accords collectifs, à même de servir de base à l'élaboration par les entreprises du secteur de projets d'accords qui seront ensuite soumis à référendum (C), l'ensemble donnant à voir l'un des usages possibles du référendum dans les très petites entreprises (D).

L'analyse des accords déposés permet donc de mettre en évidence l'un des usages possibles du recours au référendum aux fins d'adaptation conventionnelle, entreprise par entreprise, des dispositions conventionnelles de branche, sur une question lourde d'enjeux tant pour les employeurs que leurs salariés¹⁵⁶.

A. Données contextuelles relatives au secteur d'activité et à l'emploi

Ces données visent l'activité (1), l'emploi (2) et la représentation patronale et syndicale dans le secteur (3)

1. L'activité

Sur le plan national¹⁵⁷, on dénombre environ 30 050 entreprises dans le secteur du paysage, employant au total 83 100 salariés. 13% d'entre elles sont établies en région AURA (3910 structures en 2018).

La répartition de la population salariée entre ces entreprises fait apparaître de fortes disparités. En effet, près des 2/3 des structures (63, 5%) n'emploient aucun salarié. Parmi les structures employeur, celles dont l'effectif est compris entre 1 et 9 salariés sont majoritaires et représentent 29,5% de l'ensemble des entités. Le pourcentage atteint même 33,5 % si l'on inclut les structures employant de 10 à 20 salariés, et donc autorisées à avoir recours au référendum pour ratifier des projets d'accords, si aucun CSE n'y est en place.

Ainsi, la part des entreprises employant plus de 20 salariés est très réduite puisqu'elles ne représentent que 3% de l'ensemble.

Les chefs d'entreprise sont généralement jeunes, leur âge moyen s'élève à 43 ans.

¹⁵⁶ L'étude a été menée à partir de la base d'accords fournie par la DREETS, des données publiques (Légifrance), sites des organisations syndicales et patronales du secteur, et des entretiens avec des représentants d'organisations syndicales et patronales représentatives du secteur.

¹⁵⁷ L'ensemble des données ici présentée sont issues du Rapport de la branche Paysage 2021(données 2020), CMP Paysage du 8 septembre 2021, ainsi que des « Chiffres clés 2020 des entreprises du paysage en Auvergne Rhône-Alpes », édité par l'Union des Entreprises du Paysage (UNEP).

Ces entreprises réalisent une activité de création et d'entretien de jardins, principalement pour des particuliers. Les particuliers sont en effet les premiers clients du secteur (53%), suivis des entreprises privées (28%) et des marchés publics (18%). Il existe une corrélation forte entre la taille de l'entreprise et le type de clientèle. Les entreprises les plus importantes sont en mesure de répondre aux appels d'offre dans le cadre des marchés publics, qui constituent alors une part importante de leur chiffre d'affaires (plus de 50% du CA des structures employant plus de 50 salariés), suivie des chantiers pour les entreprises privées (32% du CA). Du côté des petites structures, celles employant de 1 à 5 salariés réalisent 73% de leur chiffre d'affaires auprès des particuliers, celles de 5 à 9 salariés, 58% et celles de 10 à 19, 43%.

2. L'emploi

Les effectifs. Les effectifs employés dans ces entreprises sont très majoritairement masculins, les hommes représentant près de 90% des effectifs. Le chiffre est corrélé à la part des effectifs travaillant sur chantier. Il résulte de la nature des activités réalisées que les emplois sont principalement des emplois de terrain dans ce secteur (85% contre 15% d'emplois administratifs). Or, les emplois administratifs, comprenant les études de chantier, sont très majoritairement occupés par des femmes, 70% d'entre elles y étant affectées contre seulement 5% des hommes.

La population salariée est donc majoritairement masculine et en situation de travail sur les terrains des chantiers.

La moyenne d'âge est jeune : 34 ans et l'ancienneté moyenne de 7,5 ans dans la structure. On relève toutefois que 46% des employés ont une ancienneté inférieure à 4 ans et que l'ancienneté moyenne n'est que de 5,5 ans dans les TPE de moins de 5 salariés. Elle est plus élevée dans les plus grandes structures.

Dans la mesure où le Rapport de la Branche paysage fait par ailleurs état d'effectifs salariés globaux stables sur les 8 dernières années, on peut en déduire que la mobilité interentreprises est très forte dans ce secteur. D'ailleurs, le niveau d'ancienneté à 7,5 ans est sans doute conjoncturellement relevé pour l'année 2020. En effet, sur les années antérieures celui-ci oscillait autour de 6 ans, jusqu'à 6 ans1/2 en 2018. Le contexte de crise sanitaire aura certainement freiné cette mobilité des salariés sur les années 2019 et 2020.

Des emplois en CDI et à temps plein. Les salariés des entreprises du paysage sont employés en CDI. La part de ces contrats représente en effet 85,5% des formes d'emplois, ils sont suivis des contrats d'apprentissage, à hauteur de 7,5%. La part des contrats saisonniers ou en CDD est donc très limitée, 6,5% au total. Les temps pleins sont également très dominants, 93,5% des employés l'étant sous cette forme. Les employés sont qualifiés, le plus souvent au niveau CAP, BEP ou Baccalauréat (62%), plus rarement Bac +2 (18,5%), rarement au-delà (6,5% à Bac +3 ou Bac+5). Seuls 14,5% des effectifs ne sont pas diplômés.

Toujours selon les indications du Rapport de branche, les salaires proposés aux ouvriers sont sensiblement supérieurs aux minimaux conventionnels de branche, quelle que soit leur qualification (+25% en moyenne).

Des difficultés de recrutement. En région Auvergne Rhône Alpes, 60% des entreprises du secteur font état de difficultés de recrutement pour le personnel permanent. Selon le rapport de branche, les difficultés de recrutement s'expliquent par des problèmes de qualification, le manque de motivation des candidats et l'absence de candidatures.

Elles sont 40% à déclarer avoir des perspectives d'embauche pour l'avenir.

Ainsi se dessine le **modèle dominant du contrat de travail dans le secteur du paysage** :

- Un CDI
- A temps plein
- Conclu avec un homme
- Titulaire d'un diplôme niveau CAP, BEP, BAC, parfois BAC+2, rarement d'un niveau supérieur

3. La représentation patronale et syndicale dans le secteur du paysage

Du côté patronal, l'année 2017 a été marquée par la reconnaissance de la qualité représentative à une seconde organisation : la Chambre Nationale des Artisans des Travaux publics et du Paysage (CNATP) figure désormais aux côtés de l'Union nationale des entreprises

du paysage (UNEP) (arrêté du 21 décembre 2017), qui a d'ailleurs en vain contesté cet arrêté¹⁵⁸. Le poids de l'UNEP demeure très important.

L'arrêté du 21 décembre 2017¹⁵⁹ précise le poids des organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives dans la branche du paysage :

- Chambre nationale de l'artisanat des travaux publics et des travaux publics (CNATP) : 3,5 %
- Union nationale des entreprises du paysage (UNEP) : 96,5 %.

Toutes les organisations syndicales représentatives des salariés au niveau national interprofessionnel le sont également dans la branche du paysage. Les résultats de la dernière mesure d'audience ont été rendus publics par l'arrêté du 20 juillet 2017¹⁶⁰:

- La Confédération générale du travail (CGT) : 37,23 % ;
- La Confédération française démocratique du travail (CFDT) : 24,08 % ;
- La Confédération française de l'encadrement-Confédération générale des cadres (CFE-CGC) : 14,86 % ;
- La Confédération française des travailleurs chrétiens (CFTC) : 13,60 % ;
- La Confédération générale du travail-Force ouvrière (CGT-FO) : 10,22 %.

L'UNEP a développé un réseau national et local garantissant une représentation et une présence forte auprès de ses adhérents (correspondants locaux au niveau régional et départemental, organisation de nombreuses manifestations locales permettant de regrouper les adhérents). L'implantation locale est au contraire très faible du côté des organisations syndicales. Ces organisations sont essentiellement structurées sur une base fédérale, au plan national donc. Il existe certes des rattachements aux unions interprofessionnelles locales ou départementales, mais ceux-ci sont en pratique peu investis. Le secteur de l'agriculture est soumis à une réglementation spécifique, peu propice à une approche interprofessionnelle. Les

¹⁵⁸ Conseil d'État, 16 avril 2021, n° 434192, publié au recueil Lebon.

¹⁵⁹ A l'heure où ces lignes sont écrites, l'arrêté portant mesure d'audience attendu en décembre 2021 n'est pas paru. La CNATP ne devrait plus figurer parmi les organisations patronales représentatives de ce secteur, et la représentativité ne serait donc accordée qu'à l'UNEP.

¹⁶⁰ A ce jour, aucune donnée plus récente n'est disponible sur le site du ministère de l'Agriculture.

organisations syndicales peuvent plus difficilement s'appuyer sur un réseau militant organisé localement, en raison des effectifs très réduits des entreprises du secteurs.

B. Les temps de déplacement

La prestation de travail, dans les entreprises du paysage, s'effectue chez le client. Le travail comporte une part manuelle importante, mais nécessite de mobiliser outils, matériels et matériaux. L'exécution des commandes suppose donc que les équipes se rendent sur les chantiers, y acheminent les outils, fournitures nécessaires lesquelles sont entreposées dans le dépôt de l'employeur. Les déplacements sont donc inhérents à l'activité, qui peut d'ailleurs se réaliser sur plusieurs localisations au cours de la même journée.

Ainsi, la gestion des déplacements est au cœur d'enjeux professionnels importants, tant pour les salariés que les entreprises (1) et fut source d'un contentieux récurrent (2). La question a donc fait l'objet de négociations au niveau national, dans la branche, conduisant à l'adoption d'une annexe à la convention collective conclue en 2008 (3). L'UNEP a ensuite adopté une posture active pour accompagner les entreprises du secteur dans la mise en œuvre des nouvelles dispositions conventionnelles (4).

1. Des enjeux professionnels

L'activité des entreprises de paysage se réalisant sur divers chantiers implique nécessairement, pour les employés, des déplacements. Ces déplacements conduisent non seulement à se rendre sur le chantier, souvent après un passage au dépôt pour y récupérer et y rapporter les matériaux et outils.

Si l'impact est fort sur les conditions de travail et d'emploi pour les salariés, il fait également peser une contrainte économique pour les chefs d'entreprise.

Le type de clientèle, les choix opérés par les chefs d'entreprise, la localisation de la structure influent sur les temps de trajet. Aux abords des grosses agglomérations, des métropoles, la densité de circulation conduit également à un allongement des temps requis pour se rendre et revenir des chantiers.

Selon que ce temps de trajet est qualifié ou non de temps de travail effectif, il s'impute ou non sur le décompte de la journée de travail, peut conduire à la rémunération d'heures supplémentaires et doit être pris en compte pour garantir le respect des durées maximales de travail. Si, sans être qualifié de temps de travail effectif, ce temps est rémunéré comme tel, la compensation salariale est assurée sans amputer sur la durée d'exécution de la prestation de travail à proprement parler. Les sommes seront alors soumises à cotisation sociales. Tel ne sera pas le cas si le temps de déplacement n'est pas considéré comme du temps de travail effectif et simplement indemnisé lorsqu'il dépasse le temps normal de trajet, comme le prévoit l'article L. 3121-4 du Code du travail, l'impact est minime. En effet, non seulement le niveau de compensation est moins élevé mais de plus il n'est pas soumis à cotisations sociales dès lors que sont respectés les barèmes de la MSA.

Ces choix vont ainsi avoir une incidence sur le coût de la prestation. Les déplacements constituent en effet une non-valeur ajoutée puisqu'ils ne peuvent être explicitement facturés au client quand bien même ils pèsent sur le coût pour l'entreprise de la réalisation du marché. L'impact économique est donc important.

La convention collective de branche conclue en 2008¹⁶¹ avait prévu dans son article 6 des dispositions permettant à l'employeur de ne pas rémunérer les temps de trajets comme du temps de travail effectif, y compris lorsque ceux-ci étaient réalisés après ou avant le passage au dépôt.

Le texte, révisé depuis, envisageait deux situations :

- Si le salarié se rendait sur les chantiers par ses propres moyens, il percevait une indemnité de panier d'un montant égal à 2,5 au minimum garanti (MG).
- Si le salarié se rendait sur les chantiers par les moyens de transport mis à disposition par l'employeur, donc après passage au dépôt, il percevait une « indemnité pour petit déplacement », dès lors que l'éloignement n'excédait pas un rayon de 50 km, considéré comme le maximum du temps normal de trajet¹⁶². L'indemnité pour petit déplacement couvrait les frais de panier et de déplacement et son montant variait en fonction de

¹⁶¹ Convention collective nationale des entreprises du paysage du 10 octobre 2008

¹⁶² Rayon pouvant être porté à 70km dans les zones à faible densité.

l'éloignement du chantier, défini à vol d'oiseau. Le montant de cette indemnité était défini par référence au minimum garanti (MG¹⁶³)¹⁶⁴

Mais l'exclusion de la qualification de temps de travail effectif pour les trajets après passage au dépôt ou au retour au dépôt en fin de journée a suscité des difficultés.

2. Une question source de contentieux

En effet, le Code du travail exclut la qualification de temps de travail effectif pour les temps de déplacement professionnels afin de rejoindre le lieu de travail. Ainsi l'article L. 3121-4 du Code du travail prévoit : « *Le temps de déplacement professionnel pour se rendre sur le lieu d'exécution du travail n'est pas un temps de travail effectif. Toutefois, s'il dépasse le temps normal de trajet entre le domicile et le lieu habituel de travail, il fait l'objet d'une contrepartie soit sous forme de repos, soit sous forme financière. La part de ce temps de déplacement professionnel coïncidant avec l'horaire de travail n'entraîne aucune perte de salaire* ». Une convention collective d'entreprise ou, à défaut, de branche, « *prévoit les contreparties lorsque le temps de déplacement professionnel dépasse le temps normal de trajet* » (C. trav. art. L. 3121-7). A défaut de disposition conventionnelle, il revient à l'employeur, après consultation du CSE de déterminer lesdites contreparties (C. trav. art. L. 3121-8).

Or la Cour de cassation a jugé que la qualification temps de travail effectif s'impose dès lors que le salarié se voit contraint de se rendre dans les locaux de l'entreprise avant de rejoindre le lieu d'exécution de la prestation de travail. Ainsi, le temps passé dans le camion, une fois matériaux et matériels chargés, constitue un temps de travail effectif si l'organisation du travail

¹⁶³ Le montant du minimum garanti s'élève à 3,65 euros depuis le 1^{er} janvier 2021

¹⁶⁴ Dans un rayon de 0 à 5 km du siège ou du dépôt jusqu'au chantier : 3MG
Dans un rayon de plus de 5km jusqu'à 20km : 4 MG
Dans un rayon de plus de 20km jusqu'à 30km : 5MG
Dans un rayon de plus de 30km jusqu'à 50km : 6 MG

a contraint le salarié à ce passage au dépôt mais tel n'est pas le cas, si le passage par les locaux de l'entreprise ne s'effectue que par convenance personnelle¹⁶⁵.

Dans le secteur des entreprises du paysage, le contentieux sur cette question est non seulement récurrent, il prend aussi des formes variées.

La Cour de cassation a pu juger que, quelles que soient les prévisions de la convention collective, les juges devaient rechercher si ce temps de trajet correspondait ou non à la définition légale du temps de travail effectif¹⁶⁶. Ainsi, des cours d'appel ont pu retenir la qualification de temps de travail effectif lorsque le salarié établissait que le passage au dépôt lui était imposé, de manière explicite ou implicite. Tel a été par exemple le cas lorsque le salarié assure le transport des matériaux et des collègues à partir du dépôt jusqu'au chantier¹⁶⁷ ou lorsqu'une note de service prévoit que les salariés devront, après la journée de travail, imprimer la fiche de chantier de la journée et la déposer sur le bureau du conducteur de travaux¹⁶⁸. Dès lors, certaines entreprises ont pu se voir condamnées non seulement au paiement des heures de travail (qui seront des heures supplémentaires) mais également à des indemnités pour travail dissimulé et au titre du repos compensateur¹⁶⁹. En revanche, la reconnaissance de ces temps de trajets comme temps de travail effectif permet leur rémunération à ce titre, mais exclut l'obligation de verser en plus l'indemnité de petit déplacement prévue par la convention collective¹⁷⁰. Si l'entreprise est condamnée au paiement de heures de travail, elle pourra donc obtenir le remboursement de cette indemnité.

La contestation peut aussi s'engager sur un terrain disciplinaire si le salarié a fait l'objet de sanctions parce qu'il a quitté le chantier plus tôt que l'horaire prévu au motif que son temps de

¹⁶⁵ Soc. 5 déc. 2018, n° 17-18.217. Voir déjà, Soc. 26 mars 2008, n° 05-41.476, Bull. civ. V, n° 73 ; RJS 2008, n° 550 et 398, avis Petit ; JCP 2008, II, n° 10100 note Corrignan-Carsin ; RDT 2008, p. 395, obs. Véricel ; Dr. Soc. 2008, p. 744, obs. J. Savatier

¹⁶⁶ Soc. 10 avril 2013, n° 12-12.055, cassant, pour défaut de base légale l'arrêt d'appel fondé uniquement sur les stipulations conventionnelles « *sans répondre aux conclusions du salarié qui soutenait que le temps de trajet entre le siège de l'entreprise et les chantiers était du temps de travail effectif* ».

¹⁶⁷ CA Paris, Pôle 6 - chambre 3, 19 oct. 2010, n° 09/00608

¹⁶⁸ CA Lyon, 28 nov. 2018, n° 16-08052, voir également CA Caen, 27 mai 2016, n° 14/02993.

¹⁶⁹ Voir la décision rendue par la cour d'appel de Caen le 27 mai 2016, précitée

¹⁷⁰ Soc. 25 nov. 2020, n° 19-11.526, 19-11.527, publié au bulletin.

trajet pour rejoindre le dépôt est du temps de travail effectif¹⁷¹. Ce genre de difficultés apparaît d'ailleurs de manière récurrente dans les faits exposés dans les décisions d'appel.

Et si l'entreprise prend l'initiative de majorer la compensation de la contrainte induite par les temps de trajets au-delà de ce qui est conventionnellement envisagé, et qu'elle verse des indemnités sur lesquelles elle ne s'acquitte pas des charges sociales, elle s'expose à une action en recouvrement desdites charges¹⁷².

Au-delà de l'aspect contentieux, des demandes portées en justice conduisant parfois à des condamnations sur des montants importants, les arrêts de cours d'appel, en ce qu'ils relatent des faits circonstanciés et précis, permettent de saisir l'ampleur des difficultés. La question impacte les relations de travail, en témoigne l'évocation récurrente d'avertissements prononcés pour non-respect des horaires de travail. Elle peut également motiver des observations lors d'un contrôle effectué par l'administration du travail.

La révision de l'article 6 de la convention collective de branche était donc souhaitée par l'UNEP afin de « *sécuriser les entreprises dans leur application des indemnités de petits déplacements* », « *le dispositif de 2008 étant régulièrement remis en question tant par les administrations que par les juridictions lors des contentieux. Avec parfois de lourdes sanctions à la clef* »¹⁷³.

3. La révision de la CCN : l'avenant n° 24

A partir de 2016, s'engage donc un processus de renégociation de l'article 6 de la convention collective de branche. La négociation de l'avenant a été de l'avis général, longue.

En effet, il a fallu attendre trois années pour qu'un avenant soit conclu, signé le 26 avril 2019 par l'ensemble des organisations patronales et syndicales représentatives dans la branche¹⁷⁴. L'avenant, après avoir été étendu, est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2020 et modifie

¹⁷¹ Soc. 5 nov. 2015, n° 14-15066

¹⁷² Civ. 2°, 31 mai 2018, n° 17-17.208

¹⁷³ <https://www.lesentreprisesdupaysage.fr/base-documentaire/situation-a-preparer-pour-le-1er-janvier-2020/>

¹⁷⁴ Avenant n° 24 à la CCN du 10 octobre 2008, signé le 26 avril 2019 et entré en application le 1^{er} janvier 2020 après extension par arrêté du 18 novembre 2019 ([JORF n°0272 du 23 novembre 2019](#))

les dispositions de l'article 6 de la CCN en distinguant expressément deux situations (art. 6.1 et art. 6.2). Il prévoit l'impossibilité, par accord d'entreprise, d'y déroger dans des conditions moins favorables, cette phrase ayant finalement été exclue de l'extension au motif qu'elle ne saurait faire obstacle à la conclusion d'accords d'entreprise sur le fondement des dispositions de l'article L. 2253-3 du Code du travail¹⁷⁵.

Désormais, s'agissant des « petits déplacements »¹⁷⁶ la CCN de branche distingue clairement **selon que l'organisation de l'entreprise oblige ou non les salariés à se rendre pour l'embauche et la débauche à l'entreprise ou au dépôt.**

Si tel est le cas, l'article 6.1 s'applique et les temps de trajet sont considérés comme du temps de travail effectif et rémunérés comme tel. Une indemnité de panier sera accordée si le salarié ne déjeune ni à l'entreprise ni à son domicile

Si tel n'est pas le cas, c'est l'article 6.2 qui s'applique. Le texte définit alors le « *temps normal de trajet* », en km (moins de 50 km en rayon du siège, de l'agence ou du dépôt, 70 km dans les zones à faible densité de population) mais ouvre la possibilité par accord d'entreprise d'apprécier ce temps normal de trajet en durée ou km réels. Dès lors que le déplacement s'effectue dans ce périmètre, même si le salarié se rend sur le chantier en utilisant les moyens de transport mis à sa disposition par l'entreprise au siège ou dans l'un des dépôts, le temps de trajet n'est pas considéré comme du temps de travail effectif mais donne lieu à une « *indemnité pour petit déplacement* », dont le montant varie selon l'éloignement du chantier et a été légèrement augmenté à l'occasion de la renégociation de cette disposition¹⁷⁷.

Cet avenant à la convention collective est de nature à limiter le contentieux sur le sujet, en ce qu'il prend désormais clairement en compte les contraintes pouvant être apportées par

¹⁷⁵ Phrase ajoutée à l'occasion de la signature de l'avenant n° 27 à la CCN, le 29 novembre 2019, Arrêté du 8 juillet 2020, art. 1.

¹⁷⁶ Les grands déplacements sont visés à l'article 7 de la CCN : déplacement dans des conditions qui ne permettent pas de rentrer au domicile ou dans un rayon supérieur à 100km.

¹⁷⁷ L'indemnité est maintenant :

Dans un rayon de 0 à 5 km du siège ou du dépôt jusqu'au chantier : 3MG

Dans un rayon de plus de 5km jusqu'à 20km : 4,5 MG

Dans un rayon de plus de 20km jusqu'à 30km : 5,5 MG

Dans un rayon de plus de 30km jusqu'à 50km : 6,5 MG

Dans un rayon de plus de 50km jusqu'à 70 km : 7 MG

l'employeur, en raison des nécessités de fonctionnement de l'entreprise, sur l'organisation des déplacements.

4. *Un positionnement actif de l'UNEP*

L'UNEP, sur son site internet, se félicite de l'obtention de cet accord, qui permet de maintenir la possibilité d'appliquer les indemnités pour petit déplacement (et le barème MSA exonérant ces indemnités de cotisations sociales) tout en attirant l'attention sur la nécessité de définir par avance si l'organisation interne de l'entreprise exige de passer ou non par le siège, le dépôt ou l'agence avant de se rendre sur les chantiers.

Considérant que la question sera d'autant plus sûrement réglée qu'elle aura été l'objet d'un accord d'entreprise, la principale organisation patronale du secteur met à disposition de ses adhérents des outils méthodologiques ainsi qu'une série de modèles d'accords d'entreprises, adaptés à chaque configuration organisationnelle des structures et au mode de conclusion à envisager en fonction de l'effectif et de la présence, ou non, de représentants élus du personnel¹⁷⁸. L'attention des entreprises est attirée sur le fait que ces modèles constituent des trames, qu'ils ne doivent pas être repris en l'état mais faire l'objet d'une négociation sans être finalisés *a priori*.

Nous retrouvons, dans la base d'accords fournie par la Dreets, une série d'accords sinon complètement identiques, mais très proches. L'examen de ces textes donne à voir dans quelles proportions cette appropriation s'est effectuée, également si apparaissent des éléments donnant à voir l'existence d'une réelle négociation sur le sujet. Il s'agit de tenter de cerner le passage de ces modèles aux accords.

C. Du/des modèle(s) aux accords

¹⁷⁸ <https://www.lesentreprisesdupaysage.fr/base-documentaire/situation-a-preparer-pour-le-1er-janvier-2020/>

Dans la mesure où ces accords portent sur une question touchant les conditions de travail, d'emploi et aux enjeux économiques forts, le choix a été opéré de rechercher dans la base tous ceux ayant été conclus dans ce secteur d'activité, quel que soit leur objet apparent et quelle que soit la modalité de conclusion. En effet, si les TPE sont très largement majoritaires dans le secteur du paysage en région AURA, des accords ont également pu être conclus dans des entreprises pourvues de CSE, avec des élus mandatés ou non. Recueillir et analyser tous les accords permet de mettre en évidence des éléments concordants ou discordants sur ces questions (1). L'analyse montre la prééminence d'un, ou de plusieurs, modèle(s) commun(s) à tous les accords collectifs (2), donc les contenus peuvent toutefois varier (3).

1. Recensement des accords

Un recensement exhaustif des accords dans la base a pu être réalisé en deux étapes. Tout d'abord en isolant l'ensemble des accords conclus dans le secteur d'activité auquel les entreprises du paysage sont rattachées : « *Activités de service administratif et de soutien* », puis en examinant le contenu de chacun de ces accords. Les activités de service administratif et de soutien sont en effet diverses¹⁷⁹.

On dénombre 225 accords conclus, toutes modalités confondues, au sein d'entreprises relevant des activités de service administratif et de soutien. 53 d'entre eux le sont par des entreprises relevant du secteur du paysage, représentant donc 23,5% de l'ensemble.

Mais si l'on distingue selon le mode de conclusion des accords, la part de ceux relevant de ces entreprises du paysage devient plus importante parmi les accords obtenus par référendum :

- Sur les 97 accords obtenus à la majorité des 2/3 au sein d'entreprise relevant des « *activités de service administratif et de soutien* », 37 l'ont été dans des entreprises du paysage, soit 38%.

¹⁷⁹ La nomenclature INSEE y inclut les activités de location et location-bail ; activités liées à l'emploi ; activité des agences de voyage, voyagistes, services de réservation et activités connexes ; enquêtes et sécurité ; services relatifs aux bâtiments et **aménagement paysager** ; activités administratives et autres activités de soutien aux entreprises

- Sur les 128 accords négociés avec les élus de CSE dans les entreprises relevant des « activités de service administratif et de soutien », seuls 16 accords l'ont été dans des entreprises du paysage. Ils ne représentent que 12,5% de l'ensemble.

Chacun des accords conclus dans les entreprises du paysage entre janvier 2018 et août 2020 à la majorité des 2/3 des salariés ou avec des élus au comité social et économique a fait l'objet d'une analyse approfondie.

Liste des accords analysés (ensemble des accords déposés par les entreprises du paysage entre janvier 2018 et septembre 2020)

Accords obtenus à la majorité des 2/3 des salariés

Référence accord	Entreprise	Effectif déclaré	Département
T07320002388	████████████████████	15	73
T07320002357	██████████	10	73
T02620002145	████████████████	18	26
T04220003167	██████████	3	42
T00120002418	██████████	7	1
T02620001957	████████████████	19	26
T04220002835	████████████████	1	42
T06320002141	██████████	4	63
T07320001944	██████████	7	73
T03820004558	████████████████	2	38
T02620001651	██████████	11	26
T06920009382	██████████	19	69
T06920009379	████████████████	5	69
T06919009067	██████████	7	69
T00119001984	████████████████	9	1

T03820004369	██████	15	38
T03819004288	██████████████	3	38
T06919008481	██████████████████	4	69
T03819003994	██████████████	10	38
T06919008369	██████████	3	69
T03820005688	██████████	8	38
T04220003275	██████████	6	42
T07319001844	██████████████	9	73
T06919009158	██████████████	6	69
T06919009042	██████████	8	69
T06919006093	██████████████████	5	69
T04219001680	██████████████████	3	42
T07319001133	██████████████████	2	73
T07319001020	██████████████	7	73
T06919004546	██████████	8	69
T04219001097	██████████	16	42
T06918003696	██████████████	4	1
T07318000538	██████	9	73
T07319001735	██████████	6	73
T00120002386	██████████	10	1
T00320000774	Entreprise Cardone	3	3
T06919009099	Atout Jardin	1	69

Accords conclus avec des élus au CSE

Référence accord	Entreprise	Effectif déclaré	Département
T03820005237	██████████████	44	038
T07320001967	██████████	43	073
T04220002717	██████████	36	042
T04220002628	██████████████████	24	042
T06920009274	██████████████	26	069

T03820005590	████████████████████	46	038
T04220003104	██████████	27	042
T00720000824	██████████████████	37	007
T03820004921	██████████████████	36	38
T03820004857	██████████████████	28	038
T04220002847	██	40	042
T06920010184	██████	36	069
T03820004462	██████████	12	038
T06919008830	██████████████████	17	069
T07319001734	██████████	20	073
T06919008290	██████████	95	069

Thématiques des accords

Les temps de déplacement sont l'objet de 41 des 53 accords. Seuls 12 accords ne portent que sur d'autres objets.

Objet principal de l'accord	Majorité des 2/3	Élus au CSE	Total
Déplacements	27	14	41
Annualisation du temps de travail	7		7
Travail de nuit	1		1
Contingent heures supplémentaires	1		1
Prime exceptionnelle de pouvoir d'achat	1		1
Astreintes		1	1
Congés payés (Covid-19)		1	1

Toutefois, l'adoption d'un accord visant à assurer la question des conditions d'organisation des transports et de leur prise en considération a été bien souvent l'occasion d'envisager un aménagement conventionnel sur d'autres sujets. Ainsi les accords visant la question des

déplacements prévoient très souvent une augmentation du contingent d'heures supplémentaires, l'annualisation du temps de travail ou encore augmentent les durées maximales quotidiennes ou hebdomadaires de travail.

2. La prééminence d'un modèle commun

A une exception près¹⁸⁰, les accords ayant pour objet la question des déplacements sur les chantiers sont construits à partir d'un modèle commun : la structure des accords est la même et leur préambule reprend systématiquement les mêmes termes. Tous ont été conclus entre octobre 2019 et juin 2020. Difficile dans ces conditions de considérer que chacun des préambules éclaire quant aux conditions concrètes d'adoption de ces accords ou encore impossible d'y déceler la motivation propre ayant conduit à l'élaboration de l'accord. Ces préambules sont le résultat de la construction conventionnelle proposée par l'UNEP et énoncent un discours repris en l'état dans l'immense majorité des accords et donc porté tel quel auprès de chacun des salariés amenés à se prononcer dans le cadre de la consultation.

Des formules générales sont également reprises dans les articles des accords concernant les modalités d'organisation du travail, déterminantes pour savoir comment traiter les temps de trajet.

Préambules :

« La société X relève de la Convention Collective Nationale des entreprises du Paysage du 10 octobre 2008 et de l'accord national sur la durée du travail en agriculture du 23 décembre 1981.

En application de l'avenant n° 24 du 26 avril 2019 à la Convention Collective Nationale du Paysage, une discussion s'est engagée entre la société et les salariés portant principalement sur les modalités d'organisation du temps de travail.

¹⁸⁰ Accord collectif relatif à l'aménagement du temps de travail et au régime d'indemnisation des déplacements, conclu le 17 mars 2020, T02620001957

La négociation a été conduite dans un souci permanent d'équilibre, avec l'objectif commun de concilier d'une part les besoins de l'entreprise soumise à un environnement imprévisible et concurrentiel et d'autre part les attentes des salariés en termes d'équilibre entre leur vie professionnelle et personnelle par une meilleure organisation du travail et par la possibilité d'accomplir des heures supplémentaires dans un cadre précis et structuré.

Le présent accord entend pérenniser certaines modalités préexistantes jugées satisfaisantes, améliorer celles qui peuvent l'être et en développer de nouvelles dans l'intérêt commun et concerté des parties ».

Pour les accords portant sur la durée du travail, conclus avec des élus au CSE :

« Les propositions de l'entreprise tiennent compte des contraintes économiques, des variations saisonnières d'activité et des attentes des salariés.

Elles sont conformes aux dispositions légales et conventionnelles en vigueur

L'accord des salariés sur le présent texte a été donné en connaissance de cause après plusieurs échanges en direct. »

« Le présent accord se substitue aux dispositions préexistantes (en application de conventions, d'accords ou d'usages) relatives à l'aménagement et à la durée du temps de travail au sein de l'entreprise ».

Des formules générales sont également reprises dans les articles des accords concernant les modalités d'organisation du travail, déterminantes pour savoir comment traiter les temps de trajet.

Dans les accords traitant des temps de déplacement pour se rendre sur les chantiers :

L'objectif partagé était de retenir l'organisation la plus adaptée aux attentes respectives de l'entreprise et des salariés. Étant entendu que la volonté des salariés était d'aboutir à une organisation favorisant les retours de chantiers les moins tardifs. Et la volonté de l'entreprise était d'aboutir à une organisation permettant de maintenir sa compétitivité en maîtrisant ses charges dans un contexte fortement concurrentiel.

Le discours véhiculé au travers de ces extraits montre une attention forte portée au cadre conventionnel de branche (a). Sous un mode narratif (b), il présente le résultat de ces accords comme le fruit d'une authentique négociation (c).

a. L'attention portée au cadre conventionnel de branche

Le modèle rappelle le cadre conventionnel dans lequel s'insère l'accord (la CCN de 2008, l'avenant n°24). Quand bien même celui-ci prévoit le contraire en interdisant la dérogation moins favorable par accord d'entreprise, les stipulations de la convention de branche sont supplétives sur ces questions et ne trouveront donc plus à s'appliquer sur les sujets que l'accord d'entreprise abordera. Elles demeurent, dans les modèles, mentionnées en « chapeau », surplombant sur le papier le reste des articles. Sans doute peut-on y voir l'attachement de l'organisation patronale à ce cadre élaboré avec les organisations syndicales au niveau de la branche, à la suite de négociations longues et sur lequel il avait été convenu que les accords d'entreprise ne pourraient être que plus favorables. En effet, l'avenant déclarait les prévisions de l'article 6 de la CCN impératives et insusceptibles d'une dérogation moins favorable au niveau des entreprises, ce que le Ministère du travail a refusé d'étendre au motif que pareille prévision est contraire à l'article L. 2253-3 du Code du travail.

b. Un discours narratif

Il s'agit de raconter le processus ayant abouti à l'accord, en donnant des précisions sur les conditions dans lesquelles se sont déroulés les échanges.

Ces échanges sont d'ailleurs expressément qualifiés de « *négociation* ». Se trouve ici affirmée l'existence d'une négociation quand bien même aucun élément concret ne permet de s'en assurer. Les modalités de ratification des projets d'accords patronaux imposent notamment

l'information préalable des salariés, le respect de délai de quinze jours avant la consultation, mais les modèles diffusés ne prévoient pas de renseigner explicitement ces questions¹⁸¹.

Plus ennuyeux, ce silence dans les modèles n'invite pas au strict respect du processus légal. En faire état, prévoir la mention des dates auxquelles les salariés ont été informés, de celle de la consultation aurait renforcé la garantie que la ratification du projet patronal d'accord a bien été conduite conformément aux prévisions légales. Les termes employés éludent d'ailleurs la question de l'initiative dans le processus conventionnel : « *une discussion s'est engagée* ». La formule est elliptique, elle laisse dans l'ombre les circonstances et motivations ayant conduit à la mobilisation du modèle proposé par l'UNEP. Ces dernières pourraient être précisées mais tel n'est jamais le cas dans les accords déposés. En revanche, l'état d'esprit dans lequel lesdits échanges ont eu lieu est explicité.

c. Des accords présentés comme consensuels

« *La négociation a été conduite dans un souci permanent d'équilibre* », elle a poursuivi un « *objectif commun* ». Est également évoqué l'existence d'un « *objectif partagé* », visant à retenir les modalités d'organisation les plus adaptées « *aux attentes respectives de l'entreprise et des salariés* ».

La terminologie utilisée tend à donner l'image d'une négociation consensuelle, menée par des acteurs poursuivant le même objectif : « *concilier d'une part les besoins de l'entreprise... et d'autre part les attentes des salariés* ». A aucun moment, il n'est mention des difficultés récurrentes sur la question des temps de déplacement, du contentieux dense sur le sujet, de l'incertitude de la situation antérieure pour les entreprises, de la nécessité de sécuriser les entreprises en définissant conventionnellement des modalités d'organisation. Ce sont là pourtant les raisons fondamentales de la diffusion de ces modèles-types d'accords. Mais les termes « *contentieux* », « *incertitude* », « *remise en question par les administrations et les juridictions* » du dispositif antérieur sont réservés aux rapports ou autres documents à

¹⁸¹ L'étude de la base d'accord a permis de constater que ces renseignements sont souvent mentionnés.

destination des entreprises. Pourtant le souhait d'offrir un « *cadre sécurisé* » aux entreprises est mis en avant comme « *l'objectif majeur* » de l'UNEP¹⁸².

Une dissonance forte ressort donc de la mise en perspective du discours sur la renégociation de la convention collective de branche et de celui porté en préambule des accords collectifs qui en sont le prolongement direct.

Le même voile est porté sur l'explicitation des objectifs communs ou partagés entre les employeurs et salariés. Les « *besoins de l'entreprise* » sont mis en avant de manière très vague, il est seulement indiqué que celle-ci est « *soumise à un environnement imprévisible et concurrentiel* » ou encore qu'elle « *doit maintenir sa compétitivité en maîtrisant ses charges* ». L'allusion est ici forte à la question des rémunérations, elle n'est pourtant qu'allusion. Pour les salariés, l'enjeu explicite porte sur « *l'équilibre entre vie professionnelle et personnelle* », qui sera réalisé « *par une meilleure organisation du travail* ». Il s'agit de « *favoriser les retours de chantiers les moins tardifs* ». Nulle mention des problématiques liées à l'éloignement des chantiers ou encore à l'amplitude des journées de travail, pourtant systématiquement soulignées lors des contentieux.

3. *Des contenus variables*

On note que le contenu précis des accords conclus varie, qu'il s'agisse d'envisager la question des déplacements (a), de choisir si celui-ci sera ou non considéré comme du temps de travail effectif (b), de déterminer la durée du « *temps normal de trajet* » (c) ou d'autres sujets relatifs eux-même au temps de travail, tels les contingents d'heures supplémentaires par exemple (d).

¹⁸² V. entre autres publications, le rapport de l'UNEP pour 2019.

<https://www.lesentreprisesdupaysage.fr/content/uploads/2020/02/raunep2019-bd.pdf>

a. Sur la question des déplacements

Les déplacements pour se rendre sur les chantiers sont-ils du temps de travail effectif ? La réponse à cette question dépend du point de savoir si l'employeur impose ou non un passage préalable au dépôt de l'entreprise. Si tel est le cas, la Cour de cassation considère que le temps de trajet pour se rendre sur le chantier est compris dans le temps de travail effectif. Mais si le salarié est libre de se rendre directement sur le lieu d'exécution de la prestation de travail depuis son domicile, ce temps de déplacement n'est pas du temps de travail effectif ; il est simplement indemnisé. Seul le temps de déplacement effectué au-delà du temps normal de travail sera rémunéré.

L'avenant n° 24 à la convention collective de branche propose un cadre approprié à cette analyse, invitant à distinguer selon que les conditions d'organisation du travail conduisent à la reconnaissance d'un temps de travail effectif (art. 6.1) ou non (6.2) et en prévoyant un barème d'indemnisation pour compenser la contrainte liée au déplacement.

De quelle manière les accords adaptent-ils la teneur du modèle proposé ? Comment se positionnent-ils au regard de la CCN de branche ?

Seule une analyse littérale des accords permet de répondre à cette question. Celle-ci a porté sur les 40 accords ayant les temps de déplacements pour objet (parfois non exclusif) et construits sur la base des modèles diffusés.

Liste des 26 accords portant sur les déplacements (modèle), obtenus à la majorité des 2/3 des salariés

Référence accord	Date	Entreprise	Effectif déclaré	6.1 (Temps de travail effectif)	6.2 (hors TTE)
T07320002388	15/06/2020	████████████████████	15		X
T07320002357	07/02/2020	██████████	10		X
T02620002145	03/07/2020	██████████	18		X

T04220003167	18/05/2020	██████████	3		X
T00120002418	21/02/2020	██████████	7		X
T04220002835	26/02/2020	██████████	1		X
T06320002141	23/02/2020	██████████	4		X
T07320001944	17/01/2020	██████████	7		X
T03820004558	10/01/2020	██████████	2		X
T02620001651	Non renseigné	██████████	11	X	X
T06920009382	17/12/2019	██████████	19		X
T06920009379	17/12/2019	██████████	5		X
T06919009067	20/12/2019	██████████	7		X
T00119001984	20/12/2019	██████████	9		X
T03820004369	04/12/2019	██████████	15		X
T03819004288	19/12/2019	██████████	3		X
T06919008481	08/11/2019	██████████ (69)	4		X
T03819003994	08/11/2019	██████████ (38)	10		X
T06919008369	24/10/2019	██████████	3		X
T03820005688	15/10/2019	██████████	8	X	
T04220003275	16/06/2020	██████████	6	X	
T07319001844	19/12/2019	██████████	9	X	
T06919009158	28/11/2019	██████████	6	X	
T06919009042	28/11/2019	██████████	8	X	
T00320000774	20/12/2019	██████████	3		X
T06919009099	20/12/2019	██████████	1		X
TOTAL		26 accords		5 + 1 accord mixte	21 dont 1 accord mixte

*Liste des 14 accords portant sur les déplacements (modèle) et conclus avec des élus au
CSE*

Référence accord	Entreprise	Effectif déclaré	6.1	6.2
------------------	------------	------------------	-----	-----

T03820005237	██████████████████	44		X
T07320001967	██████████	43		X
T04220002717	██████████	36	X	
T04220002628	██████████████████	24		X
T06920009274	██████████████████	26		X
T04220003104	██████████	27		X
T03820004921	██████████████████	36		X
T03820004857	██████████████████	28		X
T04220002847	██████████████████	40		X
T06920010184	██████████	36		X
T03820004462	██████████	12		X
T06919008830	██████████████████	17		X
T07319001734	██████████	20		X
T06919008290	██████	95		X
TOTAL	14 accords		1	13

b. Le temps de déplacement, temps de travail effectif ou non ?

Cette question est dépendante de l'organisation de l'entreprise et suppose de savoir si les salariés sont ou non contraints de se rendre au dépôt avant de rejoindre le chantier, lieu d'exécution de la prestation de travail. De l'existence de cette contrainte découle la qualification du temps passé après le passage au dépôt pour rejoindre le chantier.

1^{ère} option : Le choix du temps de travail effectif (article 6.1)

Sur les 40 accords étudiés, seuls 6 retiennent l'option prévue par l'article 6.1. Les accords prévoient alors que les salariés sont tenus de passer par le dépôt, leur temps de travail est décompté à partir de ce moment-là, incluant donc les temps de déplacement.

Ces 6 accords représentent :

- 5 accords sur les 26 obtenus par ratification des salariés à la majorité des 2/3

- 1 accord sur les 14 conclus avec des élus au CSE

L'effectif des entreprises ayant retenu cette option n'est pas un élément permettant d'éclairer des enjeux organisationnels particuliers. Ils varient de 6 à 9 salariés pour les 5 accords référendaires et est de 36 salariés pour l'accord conclu avec des élus. Cette option semble plutôt exprimer, dans ces TPE du paysage, la volonté d'un traitement égal de tous les salariés face à des contraintes de déplacement qui sont identiques pour tous. Ce traitement égal passe par la reconnaissance d'un véritable temps de travail. Il évite également d'avoir à jongler entre les différents rayons des déplacements pour définir le montant des MG dus aux uns et aux autres. En effet, dans ces entreprises aucune indemnité pour petit déplacement n'est prévue, seule l'indemnité forfaitaire de panier est accordée (2,5 MG par jour si le repas ne peut être pris au domicile ni à l'entreprise).

Mais le choix d'affirmer conventionnellement l'obligation pour tous les salariés de se rendre au dépôt devient très rare dès lors que l'entreprise emploie plus de 20 salariés.

2nde option : L'exclusion du temps de travail effectif, le choix du 6.2

Dans 34 des 40 accords étudiés, le choix est fait de ne pas contraindre les salariés à passer par le dépôt pour se rendre sur les chantiers. Le temps de déplacement, y compris entre le dépôt et le chantier, n'est donc pas reconnu comme du temps de travail effectif. Il ouvre seulement droit à l'indemnité pour petit déplacement, variable en fonction de l'éloignement du lieu d'exécution du travail.

Alors les différents temps se décomposent ainsi :

- Trajet domicile dépôt : pas du temps de travail effectif, pas d'indemnisation
- Temps de travail au dépôt : travail effectif
- Temps de trajet dépôt/chantier : pas du temps de travail effectif, indemnité pour petit déplacement

Ces accords reprennent tous la même formule :

« Les salariés, quelles que soient leurs fonctions, ne sont pas contraints de passer préalablement au siège, à l'agence ou le dépôt avant de se rendre sur les chantiers. »

Les modalités d'organisation négociées laissent en effet aux salariés le choix de se rendre directement sur les chantiers par leurs propres moyens ou de passer préalablement au siège, au dépôt ou à l'agence pour bénéficier des moyens de transports mis à leur disposition par l'entreprise »

La précision supplémentaire « *Il n'existe pas de salarié dédié à la conduite des véhicules pour se rendre sur les chantiers* » est parfois apportée.

Enfin, afin sans doute de renforcer la position tendant à considérer que le temps de trajet n'est pas du temps de travail effectif, il est ajouté dans les accords que « *durant le temps de trajet pour se rendre sur les chantiers, les salariés ne sont pas à la disposition de l'employeur, ne sont pas tenus de se conformer à ses directives et peuvent le cas échéant vaquer à des occupations personnelles* ».

Il n'en demeure pas moins que le travail sur les chantiers ne pourra se faire sans matériel. Sauf à considérer que celui-ci est systématiquement chargé, acheminé et déchargé par le chef d'entreprise, on voit mal comment le travail peut être réalisé sans que des salariés s'y emploient. Le retour du chantier exige également parfois un passage par la déchetterie où seront déposés résidus de coupes et tailles.

L'enjeu organisationnel est tel qu'il est absolument nécessaire que la structure puisse compter sur son personnel y compris pour prendre les consignes sur les tâches à accomplir. Comment dans ces conditions une entreprise du paysage peut-elle fonctionner si tous les salariés font le choix de ne pas se rendre préalablement au dépôt ?

Comment considérer que tous les salariés sont libres de vaquer à leurs occupations personnelles pendant le trajet, si ce terme « tous » comprend également celui à qui est confiée la conduite du véhicule ?

Aussi, les accords prévoient que les salariés devront, « *pour des raisons tenant à la bonne organisation des équipes et des chantiers, affirmer leur choix par un questionnaire signé, préalablement remis par l'employeur* ».

Le recours à ces questionnaires serait une survivance des pratiques antérieures à la conclusion de l'avenant n° 24. Cette formalité permet à l'entreprise de savoir sur lesquels des salariés elle pourra compter pour accomplir les tâches périphériques à la prestation de travail

sur chantier. L'utilité pratique est évidente. Pour autant, n'est-elle pas de nature à caractériser un engagement pris par le salarié de se rendre au chantier, engagement susceptible de lui être opposé puisque la preuve en est assurée par la prévision d'un écrit signé ? Le salarié ne se trouve-t-il donc pas contraint de passer par le dépôt ? La contrainte résulterait du seul choix du salarié, formulé librement, même si sur invitation de l'employeur. Ces accords donnent à voir une forme d'« autocontrainte » librement consentie et exclusive de toute expression du pouvoir de direction de l'employeur.

A supposer qu'on admette cette représentation, le salarié libre de décider de s'engager lui-même à passer par le dépôt devrait être tout autant libre de se désengager, en fonction de l'éloignement du chantier vis-à-vis de son domicile, notamment. Aucun des accords ne prévoit cette faculté de renoncer à cet engagement. Aucun des accords ne prévoit l'information du salarié à ce sujet. La renonciation paraît donc bien illusoire et dans tous les cas, soumise à l'approbation de l'employeur. Sur le plan juridique, il y a eu engagement envers lui. Un engagement exprimé de manière individuelle en complément du consentement exprimé dans le cadre de la ratification de l'accord par l'ensemble des salariés. Sur le plan matériel, il y va de la bonne organisation de l'activité, laquelle se voit largement mobilisée comme élément justificatif de la contrainte ici apportée.

Il n'est ainsi pas certain que ce montage conventionnel tienne toutes ses promesses et exclue véritablement tout risque contentieux s'agissant de la qualification du temps de trajet entre le dépôt et le chantier. Un salarié pourrait faire valoir un vice du consentement si des pressions ont été mises pour qu'il s'engage à passer au dépôt. Il pourrait également invoquer le fait qu'il n'a pas été libre de renoncer à ce choix, que le passage au dépôt est donc contraint.

Surtout, la simple lecture de certains accords donne à voir une contrainte explicite quant à l'expression du choix :

Ainsi, un accord¹⁸³ prévoit que « *Vu les spécificités liées à l'activité, pour favoriser une organisation homogène et cohérente du travail et pour permettre à l'entreprise et aux salariés*

¹⁸³ Accord collectif « temps de déplacement sur les chantiers et modalités d'indemnisation » conclu le 20 décembre 2019, réf. T06919009099

d'anticiper dans les meilleures conditions les modalités d'organisations individuelles et collectives de chacun, les salariés choisissent dans le cadre du présent accord de se rendre préalablement au dépôt pour être ensuite transportés sur les chantiers par les moyens de transport mis à disposition par l'entreprise ».

Dans d'autres accords¹⁸⁴, c'est une mention particulière apparaissant sur une annexe qui interroge, étant ici précisé que les annexes n'étant pas systématiquement jointes, il est difficile de savoir à quel point la mention est récurrente¹⁸⁵.

L'annexe en question constitue la fiche d'émargement sur laquelle les salariés de l'entreprise ont été invités à s'exprimer :

¹⁸⁴ Accord collectif relatif à la durée du travail conclu le 10 janvier 2020, réf. T03820004558 ; Accord d'entreprise relatif à la durée du travail, conclu le 20 décembre 2019, ref. T00320000774

¹⁸⁵ Seuls les procès-verbaux de la consultation des salariés doivent être déposés en même temps que l'accord.

Annexe 1

LISTE D'EMARGEMENT - SCRUTIN –ENTREPRISE [REDACTED]
ACCORD D'ENTREPRISE RELATIF A LA DUREE DU TRAVAIL

Nom des salariés	Vote « Oui » à l'accord d'entreprise proposé le 20/12/2019*
Monsieur	
Monsieur	

**En ratifiant l'accord, le salarié choisit expressément de passer au dépôt pour être transporté sur les chantiers par les véhicules de l'entreprise.*

Signature des membres du bureau de vote

Fait à [REDACTED]

Le [REDACTED]

On constate ici que :

- La liste d'émargement vaut liste des salariés approuvant l'accord (ce qui est récurrent dans les accords observés).
- Deux salariés, masculins, sont appelés à se prononcer

- S'ils se prononcent, émargent et par là approuvent l'accord, ils manifestent expressément leur choix de passer au dépôt pour être transportés sur les chantiers par les véhicules de l'entreprise
- Comme ce choix aura été exprimé « librement », l'entreprise pourra considérer que le temps de trajet entre le dépôt et le chantier n'est pas du temps de travail effectif. Il ne sera pas comptabilisé dans la journée de travail, ni rémunéré comme tel.

Ce montage convaincra-t-il un juge en cas de litige ? Rien n'est moins sûr.

De ces textes, conclus dans des structures déclarant employer 2 ou 3 salariés, ressort un entremêlement de l'expression d'une volonté au regard d'un dispositif collectif et d'un choix individuel. Les deux sont tellement liés que toute idée de liberté individuelle dans l'expression de la volonté disparaît.

On se demande de plus pour quelle raison les salariés feraient librement un choix qui leur est si peu favorable, allonge l'amplitude de leurs journées de travail, en contrepartie d'une indemnité dont le montant est très limité ? Un choix, qui plus est, à rebours de toutes les demandes ensuite portées devant les juges lorsque, une fois le contrat rompu, la perspective contentieuse est envisagée. On devine sans mal quelles seraient les répercussions d'un refus des salariés de signer cet acte remis par l'employeur.

La sécurité recherchée par la conclusion de ces accords est-elle réelle ou illusoire ? En cas de contentieux, les juges sont systématiquement invités à s'attacher aux conditions réelles d'exécution du travail. Le montage, l'affichage conventionnel pèsera certes, l'accord collectif jouissant d'une légitimité forte. Mais cette légitimité est-elle si solide lorsqu'elle repose sur des ressorts si fragiles ? Elle ne repose que sur une signature par les deux ou trois seuls salariés de l'entreprise d'un document qui leur a été remis par l'employeur. La qualification légale d'accord d'entreprise donnée à cet acte suffit-elle à masquer l'existence d'un lien, et d'un état, de subordination juridique, le caractère alimentaire du salaire, ou encore l'absence de toute organisation collective de nature à assurer l'expression ou la défense des intérêts des salariés ?

Enfin, ce montage paraît tout à fait inapproprié dans la mesure où un accord collectif a vocation à s'appliquer sur une durée plus ou moins longue, mais dans tous les cas, une durée qui n'est pas alignée sur celle des contrats de travail. L'engagement individuel au moment de

la ratification ne saurait valoir engagement pour les salariés qui viendront à être embauchés par la suite. Ici encore, la sécurisation semble tout à fait illusoire.

3^{ème} option : Le choix mixte

Un seul accord parmi l'échantillon retient parmi les modèles proposés par l'UNEP celui, du choix mixte. Cette option permet de prendre en considération la nécessité que certains salariés passent par le dépôt avant de se rendre pour le chantier. Conclu dans une entreprise déclarant employer 11 salariés, l'accord distingue d'un côté ceux qui seront contraints de passer au dépôt avant de se rendre sur les chantiers (les conducteurs des véhicules) et d'un autre côté, ceux qui, quelques soient leurs fonctions ne sont pas contraints de passer préalablement au dépôt¹⁸⁶.

Ici encore, les salariés qui ne sont pas contraints de passer par le dépôt devront affirmer leur choix afin de répondre aux contraintes d'organisation de l'entreprise.

Pour les conducteurs des véhicules, le temps de trajet est du temps de travail effectif, pour les autres non. Et l'accord reprend la formule indiquant qu'ils ne sont pas à la disposition de l'employeur, ne sont pas tenus de se conformer à ses directives et peuvent vaquer à des occupations personnelles. Des exemples d'« occupations personnelles » sont d'ailleurs donnés : repos, téléphone, etc.

Cette option « mixte » renchérit le coût de la main d'œuvre, mais de manière finalement limitée, s'avère plus conforme à la réalité de l'organisation du travail en ce qu'elle admet la contrainte organisationnelle imposée, au moins à certains salariés. Elle semble par-là moins sujette à contestation devant un juge. Elle est pourtant ultra minoritaire parmi l'échantillon étudié.

c. La détermination du temps « normal » de trajet

Lorsque l'accord retient que le passage au dépôt n'est pas contraint mais résulte du libre choix des salariés, il convient de déterminer quel est le « *temps normal de trajet* ». En effet, ce

¹⁸⁶ Accord d'entreprise relatif à la durée du travail, réf. T02620001651

temps est indemnisé, seul le temps qui s'écoule au-delà étant rémunéré comme du temps de travail (sans pour autant être considéré comme tel eu égard notamment aux règles limitant la durée quotidienne ou hebdomadaire de travail).

Même si la convention collective de branche ne s'applique pas si un accord est ratifié dans l'entreprise, elle demeure un point de référence. Celle-ci prévoit que le « *temps normal de trajet* » est celui « *qui éloigne les salariés de moins de 50km, en rayon, du siège, de l'agence ou du dépôt* ». Ce temps peut, dans les zones à faible densité de population, « *excéder 50km sans dépasser un rayon de 70km* ».

Temps normal de trajet tel que retenu dans les accords

Sur les 22 accords conclus par référendum ne prévoyant pas un passage au dépôt obligatoire :

- 50 km en rayon : 14
- 50 km réel : 1
- 70 km rayon : 4
- 45 mn/ 1h : 3

Sur les 13 accords conclus avec des élus ne prévoyant pas un passage au dépôt obligatoire

- 50 km rayon : 6
- 70 rayon : 6¹⁸⁷
- 1h : 1

Le choix d'une appréciation au regard de la distance du temps normal de trajet est largement majoritaire (31 accords sur les 35). L'approche est donc forfaitaire et ne tient pas compte du temps réellement passé à rejoindre le chantier, lequel est largement dépendant des conditions de circulation, en particulier à l'abord des métropoles. De plus, un seul des 31 accords retient le kilométrage réellement effectué par les salariés, tous les autres traçant « le temps normal de trajet » au compas sur une carte, ce qui conduit à retenir des distances réelles plus importantes encore.

¹⁸⁷ 2 accords prévoyant la consultation du CSE s'il est nécessaire d'étendre le rayon à 70 km.

La tendance est encore plus marquée pour les accords conclus avec des élus au CSE que les accords obtenus par référendum, sans doute en raison du nombre plus important de salariés pour ces structures. En effet, le choix du « forfaitaire » apprécié de manière abstraite sur une carte facilite la gestion du paiement des indemnités de petit déplacement.

Sur l'ensemble, seuls 4 accords retiennent une approche réelle du temps passé pour se rendre sur le chantier.

d. Les autres aspects de la gestion du temps de travail

La quasi-totalité des accords contient également des dispositions relatives à la gestion du temps de travail.

Ainsi, si l'appréciation du temps de travail réalisé au dépôt (et donc constituant du temps de travail effectif) est le plus souvent réalisée au réel, plusieurs accords définissent ce temps de manière forfaitaire. L'évaluation forfaitaire varie du simple au double, de 15 à 30mn, parfois 20mn. Il peut être indiqué, mais pas toujours que cette appréciation a été faite au regard du temps moyen constaté. Ce type de prévision n'est pas conforme aux exigences légales, qui supposent de déterminer la durée effective du travail.

Aussi, la majorité des accords prévoit un contingent d'heures supplémentaire largement plus élevé que celui prévu dans la convention de branche (même si celui-ci a été ensuite relevé par l'avenant n° 27¹⁸⁸). Le contingent peut être porté à 350 h, souvent même jusqu'à 450h. Le taux de majoration des heures supplémentaires est lui aussi souvent limité à 25%, en particulier dans les accords conclus dans les plus grandes entreprises du panel.

Enfin, nombreux sont les accords augmentant les durées maximales de travail, qu'il s'agisse de la durée quotidienne, portée à 12h ou de la durée hebdomadaire moyenne sur 12 semaines, portée à 46h. Si l'on y ajoute les temps de déplacement conséquents, mais non comptabilisés comme du temps de travail, l'amplitude des journées de travail peut s'avérer très importante.

¹⁸⁸ Avenant n° 27 du 29 novembre 2019 à la Convention collective nationale des entreprises du paysage, étendu par arrêté du 8 juillet 2020, JORF du 16 juillet 2020.

D. L'un des usages possibles du référendum

Ce corpus d'accords, resitué dans son contexte conventionnel et sectoriel s'inscrit à un moment particulier de l'histoire conventionnelle de ce secteur d'activité. Il y a eu « conjonction des temps » entre les enjeux propres au secteur et la possibilité d'avoir recours à une technique simple, le référendum, pour adopter des accords d'entreprise (1). Mais l'ensemble du processus, reposant sur la diffusion de modèles patronaux donne à voir une mise à l'écart de la négociation collective, tant au niveau de la branche que de l'entreprise (2). Ces modèles font l'objet d'une appropriation par les entreprises, répondant en cela à l'invitation de l'organisation patronale, mais dans des proportions minimales et insuffisamment maîtrisées (3).

1. *La conjonction des temps*

L'analyse de ces accords conclus dans un secteur dominé par des entreprises de petite, voire très petite taille, révèle l'un des usages rendus possibles par les ordonnances du 22 septembre 2017 : obtenir la conclusion d'un acte qualifié « accord d'entreprise » dans ces TPE ne remplissant jusque-là pas les conditions requises pour le faire. En effet, ces structures n'atteignent que rarement le seuil d'effectif rendant obligatoire l'organisation d'élections visant la mise en place d'un CSE et le recours à un salarié mandaté par une organisation syndicale représentative de la branche est illusoire, au regard de la structuration même de ces organisations, peu présentes à des niveaux proches des salariés.

La possibilité d'obtenir ces accords par consultation directe des salariés a ainsi permis de combler une forme de vide, d'incapacité à accéder à la possibilité de conclure un accord collectif. Elle a été ouverte en 2017, alors que le secteur du paysage était en cours de renégociation des dispositions de la CCN de branche sur les temps de déplacements, question non seulement propice à un contentieux récurrent mais également associée à des enjeux forts, au plan organisationnel (organisation du travail, de l'activité de l'entreprise) et au plan économique (détermination du temps de travail effectivement rémunéré). Pour ce qui concerne ce secteur d'activité, la réforme opérée par les ordonnances du 22 septembre 2017 est arrivée à un moment clé : le moment où il devenait possible de conjuguer négociation d'un cadre

conventionnel de branche plus clair et adoption d'accords précisant les modalités retenues entreprise par entreprise. Penser cette manière d'articuler branche et entreprise n'était pas si clairement envisageable auparavant, les entreprises du secteur ne se trouvant pas en capacité de mobiliser les dispositifs permettant jusque-là l'obtention d'accords collectifs. La possibilité d'avoir recours au référendum a été vue comme un moyen simple, rapide, efficace de consolider l'organisation du travail retenue, aussi de limiter le contentieux sur le sujet.

Les accords ici étudiés ont tous été adoptés dans les mois qui ont suivi l'aboutissement des négociations au niveau de la branche, conduisant à la signature de l'avenant n°24 fin avril, étendu à partir de janvier 2020. Ils portent sur la question au cœur de ces négociations, le lien est ainsi évident entre le souhait de sécuriser par un accord de branche une question lourde d'enjeux sociaux et économiques dans les entreprises du secteur et l'opportunité de pouvoir asseoir cette sécurisation par des accords d'entreprise adoptés par référendum.

2. La mise à l'écart de la négociation collective en tant que processus, tant au niveau de la branche qu'au niveau de l'entreprise.

Au niveau de la branche, le modèle n'est pas négocié et sa diffusion n'est pas publique puisqu'il faut adhérer à l'organisation pour y avoir accès. Le modèle pourra également mettre en évidence et les différentes options possibles, et même attirer l'attention des entreprises sur la possibilité de s'affranchir de la convention branche dans la mesure où celle-ci est largement supplétive. La pratique porte même en germe un risque de déséquilibre des négociations au niveau de la branche.

Au niveau de l'entreprise, le recours à la ratification par consultation directe des salariés sur un projet préparé unilatéralement par l'employeur ne saurait être assimilé à une négociation, même s'il peut en être dans certains cas l'occasion. Quand bien même il y aurait un échange s'apparentant à une négociation, celui-ci se déroule dans un espace bien limité, à l'abri de tout regard extérieur. La possibilité qu'ont les salariés de se rapprocher d'une organisation syndicale supposant à minima que ces organisations soient véritablement présentes à un niveau décentralisé. Cette situation ne se rencontre pas dans les secteurs composés de petites entreprises. Quand bien même serait-elle imputable aux organisations syndicales elles-mêmes, la situation mériterait sans doute une attention particulière du législateur.

La possibilité d'obtenir un accord d'entreprise à la majorité des 2/3 des salariés met à l'écart les organisations syndicales puisque leur intervention n'est nullement requise (à la différence du recours à un salarié mandaté, tel qu'envisagé dans des dispositifs légaux antérieurs).

3. Des modèles adaptés par les TPE, mais dans des proportions minimales

La lecture des différents accords fait apparaître des nuances. Mais l'appropriation du modèle semble limitée. Les divergences sont davantage de niveau (et encore, dans des proportions réduites) que de nature.

Surtout, l'adaptation réalisée par ces accords conduit à un mélange des genres entre la volonté exprimée par les salariés sur un dispositif organisant l'activité de travail et la volonté qu'ils expriment individuellement quant à leur situation personnelle dans ce dispositif. Plusieurs accords lient en effet approbation de l'accord et choix de l'une des modalités prévues par ledit accord. Il y a là un entremêlement entre volonté individuelle et engagement pour un dispositif à portée collective dont les acteurs ne semblent pas eux-mêmes mesurer la portée. Tout est lié, tout est mélangé. Pourtant, l'accord collectif, fût-il d'entreprise, dépasse par sa portée ce qui serait un simple engagement réciproque entre un employeur et ses quelques salariés. L'accord va s'appliquer, généralement pour une durée indéterminée, aux salariés en emploi lors de la consultation mais également à ceux qui viendront à être employés ensuite, même si sa légitimité ne repose que sur l'expression de la volonté de quelques-uns.

Ces accords sont des accords d'entreprise par détermination de la loi mais ils échappent aux formes de légitimité sur laquelle reposaient les accords collectifs jusqu'aux ordonnances du 22 septembre 2017, qu'il s'agisse d'une légitimité syndicale ou élective.

IV. Les accords des TPE du transport sanitaire : la question des heures d'équivalence

L'analyse des accords ratifiés par référendum dans les entreprises du secteur du transport sanitaire résulte d'un constat à la lecture de la base de données communiquée par la Dreets. Ce constat était celui d'accords rédigés de manière identique portant sur le même objet à savoir écarter l'application des dispositions sur le décompte du temps de travail effectif d'un avenant à l'accord de branche applicable dans l'entreprise intervenu le 16 juin 2016 pour appliquer l'ancien avenant du 4 mai 2000, abrogé par l'accord-cadre du 16 juin 2016. Ces accords révèlent ainsi l'existence d'une situation particulière propre au secteur du transport sanitaire et à une zone géographique (Nord Isère). Dans ce secteur, les TPE sont majoritaires. En effet, une part significative de la profession est constituée d'entreprises n'employant pas de salariés ou d'entreprises employant deux salariés au plus (A). A défaut de représentation syndicale et de représentation élue dans ces entreprises, seuls les recours au référendum ou à la négociation avec un salarié mandaté par une organisation syndicale sont envisageables. Parmi les accords de l'échantillon que nous avons analysé, seule la consultation directe des salariés sur un projet élaboré par l'employeur a été retenue pour décompter le temps de travail effectif des personnels ambulanciers (B). L'analyse des accords met en évidence une volonté de recourir au référendum pour adapter les dispositions conventionnelles de branche en matière de durée du travail, plus précisément pour le calcul du temps de travail effectif des salariés (C).

A. Données contextuelles relative au secteur du transport sanitaire :

Les particularités du secteur du transport sanitaire nécessitent d'analyser l'activité (1) et l'emploi (2).

1. L'activité

Selon le rapport régional Auvergne-Rhône-Alpes de l'Observatoire Prospectif des métiers et des qualifications dans le Transports et la Logistique de 2020, il existait au 31 décembre 2018 : 534 établissements employeurs pour le secteur du Transport sanitaire représentant 10 %

de l'activité régionale du Transport routier pour cette région. Parmi ces établissements, 402 établissements ne comptaient aucun salarié. Sur les 132 établissements déclarant un effectif salarié, 28 % comptaient de 1 à 9 salariés et 63% de 10 à 49 salariés et 9% déclaraient 50 salariés et plus.

2. L'emploi

Le rapport dénombre un effectif salarié sur le secteur du Transport sanitaire en AURA au 31/12/2018 de 5 453 salariés. Il s'agit d'une main-d'œuvre essentiellement en CDI à temps complet avec une ancienneté moyenne de 7,5 ans.

89 % des salariés appartiennent à la famille professionnelle des conducteurs et 59% d'entre eux sont des ambulanciers diplômés d'État.

D'après le rapport, le transport sanitaire est le seul secteur dans lequel les moins de 45 ans sont plus nombreux (58%) que les plus de 45 ans. On compte :

- 37% des salariés ont moins de 35 ans,
- 29% des salariés ont plus de 50 ans,
- 5% des salariés ont plus de 60 ans et sont majoritairement des hommes,
- 1% des salariés a plus de 65 ans.

C'est le secteur, toujours le même rapport, qui peine le moins à embaucher des jeunes. Les moins de 30 ans représentent 23% dont 7% de femmes. Et les moins de 25 ans représentent 3%, mais l'entrée dans le métier ne peut se faire avant l'âge de 21 ans. En effet, l'accès à la profession d'auxiliaire ambulancier ou ambulancier diplômé est conditionné à la fin de la période probatoire du permis de conduire.

Ce secteur d'activité est confronté à la concurrence des taxis et des plateformes dématérialisées, qui se sont développées ces dernières années. La tendance à « l'ubérisation » et l'augmentation d'entreprises indépendantes expliquent certainement que la profession soit constituée d'entreprise sans salarié. Mais simultanément, se développent des réseaux d'entreprises de transport sanitaire en lien avec la concentration des services hospitaliers. D'autre part de grands groupes dont l'activité jusqu'alors était le transport routier de voyageurs font leur entrée sur le marché du transport sanitaire.

Cependant, le vieillissement de la population, l'organisation des soins en hôpital de jour et la concentration des lieux d'accueil des malades permettent d'envisager une croissance de l'activité.

B. Le décompte du temps de travail effectif

En matière de durée du travail, les dispositions applicables aux entreprises de transport sanitaire sont intégrées dans le code des transports (Articles R3312-3 à R3312-33).

En matière conventionnelle, les dispositions de la convention collective de branche des transports routiers et activité auxiliaires du transport du 21 décembre 1950, qui s'applique également au personnel ambulancier, comportent des règles spécifiques à cette catégorie de personnel. Ces dispositions sont également complétées par des accords spécifiques dont l'accord-cadre sur l'aménagement et la réduction du temps de travail des personnels des entreprises de transport sanitaire du 4 mai 2000 qui prévoyait l'application d'un régime des équivalences pour le décompte du temps de travail effectif (1). Cet accord a été abrogé par l'accord-cadre du 16 juin 2016, étendu par arrêté du 19 juillet 2018, afin de revenir notamment aux règles de droit commun en matière de calcul du temps de travail effectif. Les objectifs des organisations patronales et syndicales signataires de cet accord étaient précisément de se conformer à la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes et de répondre aux attentes des personnels ambulanciers en termes de qualité de vie au travail (2).

1. Le décompte du temps de travail effectif par l'accord-cadre du 4 mai 2000 (régime des équivalences)

L'accord-cadre du 4 mai 2000 prévoyait la possibilité d'appliquer un régime d'équivalences des heures de travail, encadré par le droit français (a), consistant à évaluer le temps de travail effectif sur la base d'un pourcentage de l'amplitude journalière d'activité (b). Celui-ci a été signé par la FNTS (fédération nationale des transporteurs sanitaires), la FNAA (fédération nationale des artisans ambulanciers), la FNAP (fédération nationale des ambulanciers privés- par adhésion ultérieure), la CNSA (chambre nationale des services d'ambulances) pour les organisations patronales ainsi que la FGTE-CFDT, FG-CFTC, FNCR

(fédération nationale des chauffeurs routiers) et la CFE-CGC/SNATT pour les organisations syndicales.

a. L'encadrement du régime des équivalences en droit français

Dans certaines professions et pour certains emplois comprenant de longues périodes d'inactivité (garde ou surveillance de nuit), une durée de travail dite « équivalente » à la durée légale peut être mise en place. Il s'agit d'un mode dérogatoire à la comptabilisation du temps de travail dans la mesure où celui-ci emporte des conséquences sur la durée hebdomadaire de travail ainsi que sur la rémunération du salarié.

Les régimes d'équivalences, selon lesquels est assimilé à la durée légale de travail une durée de présence supérieure, ont été créés en 1936 par les décrets d'application de la loi du 21 juin 1936 relative aux 40 heures. Puis, à la suite d'une ordonnance de 1982, autorisant des dérogations conventionnelles aux dispositions des décrets, relatives à l'aménagement et à la répartition des horaires de travail, des accords collectifs ont mis en place des systèmes d'équivalence. Jusqu'en 2016, ce dispositif pouvait donc être instauré au bénéfice de professions et d'emplois déterminés, comme le transport sanitaire, comportant des périodes d'inaction, soit par décret pris après conclusion d'un accord de branche, soit par décret en Conseil d'État. Depuis, la loi du 8 août 2016, les durées d'équivalence peuvent être instituées par une convention ou un accord de branche étendu, lequel doit déterminer la rémunération des périodes d'inaction (L. 3121-14 du Code du travail).

Dans le cadre des équivalences, le temps de travail effectif ne correspond pas au temps réellement accompli par le salarié dans l'entreprise mais à celui effectué après déduction des temps où le salarié, tout en restant à la disposition de l'employeur, est inoccupé. Les temps d'inactivité sont alors décomptés forfaitairement par application d'un coefficient d'équivalence du temps de travail effectif sur l'amplitude journalière (la durée de présence dans l'entreprise, entre le moment où commence le service et celui où il termine).

b. Le régime des équivalences dans le secteur du transport sanitaire

Dans le secteur du transport sanitaire, la notion d'équivalence conduit à regrouper tous les temps de travail, de repas, de repos, de coupures sous la notion d'amplitude. L'équivalence est

alors déterminée après application un coefficient de décompte qui est de 75% pour les services de permanences et de 90% en dehors des services de permanence au 1^{er} janvier 2012.

Le temps de travail effectif se décompte après application des équivalences dont voici un exemple :

- 10h d'amplitude équivaut à 10 x 90% soit 9h
- 10h d'amplitude équivaut à 10 x 75% soit 7h30.

Le problème est simplement que les temps d'inactivité ne peuvent être identifiés de manière précise dans le métier d'ambulancier puisque le poste de travail se déplace en permanence et continuellement à l'extérieur de l'entreprise donc hors de tout contrôle.

En 2016, les organisations patronales et syndicales du secteur du transport sanitaire ont convenu de réformer l'accord-cadre du 4 mai 2000 par « *un instrument juridique pris sous la forme d'un accord portant avenant audit accord-cadre* ».

2. *Le décompte du temps de travail effectif par l'accord-cadre du 16 juin 2016 (suppression du régime des équivalences)*

La conclusion de l'accord-cadre du 16 juin 2016 à la convention collective nationale des transports routiers et activités auxiliaires du transport s'inscrit dans un contexte particulier avec des objectifs bien déterminés (a). Il conviendra d'en préciser le champ d'application (b) et d'exposer le nouveau mode de calcul du temps de travail effectif (c). Enfin, un régime transitoire a été mis en place pour les services de permanence conservant le régime des équivalences (d).

a. Observations générales sur l'accord-cadre du 16 juin 2016.

L'accord du 16 juin 2016 a été signé par la FNTS, la FNAA et OTRE (organisation des transports routiers européens) pour les organisations patronales ainsi que la FGTE-CFDT, FG-CFTC et la CFE-CGC/SNATT pour les organisations syndicales.

Le contexte et les objectifs (analyse du Préambule). Le Préambule fait apparaître deux principaux objectifs de cet accord de 2016 : améliorer de la régulation des flux dans le cadre

des transports intra hospitaliers et repenser la réponse à l'urgence pré hospitalière. Cet accord s'inscrit, en effet, dans le cadre d'une baisse des performances économiques des entreprises du transport sanitaire en dépit d'une augmentation du volume d'activité. Le Préambule précise ainsi que « *même s'il existe une grande hétérogénéité des situations liées à la taille des entreprises, à leur localisation, aux spécificités de leurs activités, le risque de défaillances d'entreprises s'accroît, particulièrement dans celles qui emploient le plus grand nombre de salariés* ». En parallèle, le secteur est confronté à une « *évolution significative non compensée des coûts salariaux sur les années 2009/2012 suite aux modifications conventionnelles intervenues* » à la suite de l'arrêt « Dellas » rendu par la Cour de justice des communautés européennes le 1^{er} décembre 2005¹⁸⁹. La particularité du secteur, hautement concurrentiel, est également mise en avant dans le sens qu'« *une part très significative de la profession est constituée d'entreprises n'employant pas de salariés ou d'entreprises employant 2 salariés au plus* ».

Le Préambule exprime ensuite clairement la volonté des organisations patronales et syndicales signataires de donner à l'accord « *une dimension sociale afin de répondre aux attentes des salariés, notamment sur la qualité de leur vie au travail* » et de « **revenir aux règles de droit commun en matière de calcul de temps de travail effectif** ».

S'agissant des nouvelles règles de calcul du temps de travail effectif, il ressort expressément du Préambule que **la volonté des signataires de l'accord de supprimer le régime des équivalences résulte en grand partie de l'arrêt rendu par la CJCE le 1^{er} décembre 2005** relatif à la cohérence des équivalences dans leur application au secteur du transport sanitaire. « *Le présent accord s'inscrit en effet dans la démarche plus globale des partenaires sociaux dont l'objectif est la création d'un nouveau modèle social dans les activités de transport sanitaire (...)* ».

Par cet arrêt de 2005, la CJCE a considéré que la directive 93/104/CE du 23 novembre 1993 sur l'aménagement du temps de travail « *doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à la réglementation d'un Etat membre qui, s'agissant des services de garde que les travailleurs de certains établissements sociaux et médico-sociaux accomplissent selon le régime de la*

¹⁸⁹ CJCE, 1^{er} décembre 2005, affaire C-14/04, *Abdelkader Dellas et autres contre Premier ministre et Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité*.

présence physique sur le lieu même de travail, prévoit, pour les besoins du décompte du temps de travail effectif, un système d'équivalence tel que celui en cause au principal, lorsque le respect de l'intégralité des prescriptions minimales édictées par cette directive en vue de protéger de manière efficace la sécurité et la santé des travailleurs n'est pas assuré ».

En d'autres termes, selon la CJCE, les heures de présence doivent être intégralement comptabilisées en tant qu'heures de travail lorsqu'il s'agit de vérifier le respect de toutes les prescriptions minimales prévues par la directive 93/104 en vue de protéger de manière efficace la sécurité et la santé des travailleurs. Or, le mécanisme forfaitaire de pondération prévu par le décret n°2001-1384 ne prend en compte que partiellement les heures de présence des travailleurs de certains des établissements sociaux et médico-sociaux. Dans cette situation, le temps de travail global d'un travailleur peut atteindre 60 heures par semaine. La CJCE a donc estimé que ce régime excède la durée maximale hebdomadaire de travail prévue par la directive qui est de 48 heures.

L'accord cadre du 16 juin 2016 a été présenté par la FNTS comme porteur d'une nouvelle approche du calcul du temps de travail effectif *« permettant l'amélioration de la productivité dans les entreprises et une meilleure équité dans le traitement des personnels ambulanciers »*. **Elle précise alors qu'il s'agit d'un « avenant à l'accord-cadre du 4 mai 2000 dont certaines dispositions sont abrogées »** (mentionnées à l'article 14 de l'accord de 2016); **il s'agit notamment du décompte et rémunération du temps de travail des personnels ambulanciers roulants.**

b. Le champ d'application de l'accord-cadre du 16 juin 2016

Champ d'application. L'accord est applicable aux personnels des entreprises de transport sanitaire enregistrées sous le code NAF 8690A ou 851J relevant du champ d'application de la convention collective nationale des transports routiers et des activités auxiliaires du transport.

Cet accord prévoit des dispositions, limitativement énumérées, pour lesquelles des dérogations sont admises par accord d'entreprise ou d'établissement ; il s'agit des délais de mise en œuvre du calcul du temps de travail effectif (article 4C), des horaires de la pause/coupure « repas » (article 5B), du plafond de la pause/coupure porté de 1,5h à 2h/période

journalière (article 5C), du repos compensateur de remplacement (article 8B§3) et enfin de la définition des heures de nuit (article 9§3).

En application de l'article 4 A de l'accord du 16 juin 2016, étendu par arrêté du 19 juillet 2018, le **temps de travail effectif** correspond au « *temps pendant lequel le salarié est à la disposition de son employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles* ».

c. Le calcul du temps de travail effectif

S'agissant du calcul du temps de travail effectif, prévu par l'article 4B de l'accord, le temps de travail est désormais calculé, non plus par équivalence, mais sur la base de l'amplitude diminuée des temps de pause ou de coupure dans le respect des règles.

Il est alors expressément souligné au sein de ce même article que « *les partenaires sociaux rappellent [...] leur décision de ne plus recourir aux équivalences pour calculer le temps de travail des personnels ambulanciers* ». Il est ensuite précisé que « *conscients de l'incidence de cette avancée sociale majeure sur l'organisation de l'activité des entreprises et de la nécessité d'une adaptation de la réglementation relative à la garde départementale, les partenaires sociaux conviennent de procéder à cette suppression définitive et plénière (...)* ».

Définition de la pause ou coupure. L'article 5A de l'accord de 2016 définit la pause ou coupure comme « *un arrêt de travail ou une interruption d'activité décidée par l'employeur qui en fixe l'heure de début et l'heure de fin et ce, avant le début effectif de chaque pause ou coupure* ». Durant ces périodes, les personnels ambulanciers « *peuvent vaquer librement à des occupations personnelles* », ils sont « *délivrés de toute obligation de surveillance de personnels ou de matériel* ». Toutefois, il existe une particularité à l'égard des personnels ambulanciers dans la mesure où ils doivent pouvoir être joints par tout moyen de communication mis à leur disposition par l'employeur. Conformément aux dispositions de l'article L.3121-33 du code du travail, dès que le temps de travail quotidien atteint 6 heures en continu, le salarié bénéficie d'un temps de pause d'une durée minimale de 20 minutes. L'accord précise alors en son article

5B§1 que « *le personnel peut être en pause à tout moment pendant son amplitude de travail en raison des spécificités inhérentes à la nature de l'activité des entreprises de transport sanitaire* ».

Ensuite, l'accord précise qu'« *en cas de journée complète de travail dont l'amplitude couvre entièrement les plages horaires comprises soit entre 11 heures et 14h30 soit entre 18h30 et 22 heures et afin de permettre aux personnels ambulanciers de prendre leur repas dans des conditions normales, l'une de ces pauses ou coupures est qualifiée de « pause ou repas » et doit obligatoire* » être d'au moins 30 minutes et s'inscrire en totalité à l'intérieur des créneaux horaires indiqués ci-dessous, sauf accord d'entreprise ou d'établissement fixant des modalités différentes.

Détermination de l'amplitude de la journée de travail. L'amplitude de la journée de travail est définie dans l'accord de 2016 comme « *l'intervalle entre deux repos journaliers successifs ou entre un repos hebdomadaire et le repos journalier immédiatement précédent ou suivant* ». Celle-ci est limitée à 12 heures pour les personnels ambulanciers mais l'accord prévoit la possibilité d'une limite maximale de 14 heures dans certaines situations (article 3B), donnant lieu au versement d'une « indemnité de dépassement d'amplitude journalière ». La durée des pauses ou coupures ne peut pas permettre à elle seule d'augmenter la durée de l'amplitude.

Pour une illustration, admettons que l'amplitude de travail est de 9h, que la coupure est d'1h et que la pause est de 30 minutes, alors le temps de travail effectif sera de 7h30.

Les temps de pause et de coupure des personnels ambulanciers sont exclus du décompte du temps de travail effectif lorsqu'ils sont au moins égaux à 20 minutes en continu ou lorsqu'il s'agit d'une pause ou d'une coupure repas de 30 minutes en continu. Aussi, selon l'article 5B de l'accord de 2016, les temps de pause ou de coupure de ces personnels sont exclus du temps de travail lorsque le cumul des pauses et coupures dans la journée n'excède pas 1h30 du lundi au samedi « jour » (ce plafond peut être porté à 2 heures par voie d'accord d'entreprise ou d'établissement) et 2h les dimanches, nuits et jours fériés.

En tout état de cause, les temps de pause sont inscrits sur la feuille de route hebdomadaire.

Par ailleurs, aux termes de l'article 4B, dans le secteur des transports ambulanciers, les modalités de calcul du temps de travail dans le cadre des **astreintes**, prévues par l'article L.3121-9 du code du travail, n'est pas applicable.

d. Un régime transitoire pour les services de permanence

La situation particulière des services de permanence (sous régime du coefficient d'équivalences-mesure transitoire jusqu'au 16 juin 2019). Selon l'article 4B.1 de l'accord, pendant les périodes au cours desquelles les personnels ambulanciers sont à la disposition permanente de l'entreprise et doivent donc se tenir prêts à intervenir immédiatement pour effectuer un travail au service de l'entreprise, l'intensité de leur activité varie en ce qu'elle comporte des temps d'inaction, de repos, de repas ou encore de pause ou de coupure. Dans cette situation, les règles de calcul du temps de travail effectif des personnels ambulanciers pendant les périodes de permanences font l'objet d'un régime d'équivalences. Ainsi, pendant les services de permanence, en application de l'article 4B.2, le temps de travail effectif des personnels ambulanciers est calculé sur la base de leur amplitude prise en compte pour 80% de sa durée. Exemple : 10h00 d'amplitude x 80% = 8h00 de temps de travail effectif.

Le temps de travail effectif des personnels ambulanciers au cours des services de permanence devait, à compter du 16 juin 2019, être calculé sur la base de l'amplitude diminuée des temps de pause et de coupures :

- D'au moins 20 minutes en continu ou, lorsqu'il s'agit de la pause dite « repas », d'au moins 30 minutes ;
- D'au plus 1h30 en cumulé pour les samedis (ce plafond peut être porté à 2h par voie d'accord d'entreprise ou d'établissement) et d'au plus 2 heures pour les dimanches, nuits et jours fériés.

Toutefois, par lettre du 27 juin 2019, le ministère des solidarités et de la santé a indiqué que *« la suppression prévue du régime d'équivalence pour le calcul du temps de travail effectif ne commencera à s'appliquer qu'après modification des dispositions réglementaires relatives à l'organisation de la garde départementale, c'est-à-dire au moment de l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions réglementaires prévues pour réformer l'organisation des transports sanitaires pré-hospitaliers »*.

Pour résumer, l'accord du 16 juin 2016, étendu par arrêté du 19 juillet 2018, prévoit un mode de calcul du temps de travail qui s'impose à toutes les entreprises et à tous les salariés du secteur du transport sanitaire.

Il n'est plus possible de mettre en place un régime d'équivalences par voie d'accord d'entreprise ou d'établissement et un tel accord ne peut pas non plus maintenir un régime d'équivalence préexistant. En effet, en application des dispositions légales, seuls un accord de branche étendu ou un décret en Conseil d'État peuvent créer un tel régime.

C. Analyse des accords

A partir de la base de données que nous avons analysée, nous avons sélectionné 6 accords correspondant au champ étudié puisqu'il s'agit d'accords validés à la majorité des 2/3 des salariés. Ils concernent le secteur des transports sanitaires soumis à la convention collective nationale n°3085 des transports routiers et activités auxiliaires du transport (21 décembre 1950).

Dans l'échantillon retenu (1), 5 accords ont tous le même objet et visent à déroger à l'application d'un accord étendu relatif à la durée et à l'organisation du travail (2). La répartition géographique des entreprises concernées par ces accords est intéressante, 4 correspondent à des entreprises situées dans le département de l'Isère et une dans le Rhône. Si ces entreprises sont toutes situées dans la région Auvergne-Rhône-Alpes, il paraît étonnant que 5 de ces accords d'entreprise aient le même objet alors qu'elles ne se trouvent pas en proximité et que leur territoire d'implantation soit assez différent (population, bassin d'emploi, structures hospitalières...). Cette analyse est d'autant plus intéressante qu'elle révèle que le calcul du temps de travail des personnels ambulanciers s'inscrit à la fois dans une problématique professionnelle et dans une problématique d'adaptation des accords (3).

1. Recensement des accords analysés (accords obtenus à la majorité des 2/3 des salariés)

Référence accord	Entreprise	Effectif déclaré	département
------------------	------------	------------------	-------------

T03819002473	[REDACTED]	10 à 19	38
T03818001511	[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]	10 à 19	38
T03818001465	[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]	6 à 9	38
T06918003065	[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]	10 à 19	69
T03818001183	[REDACTED] [REDACTED]	Effectif moyen =12	38

Liste des accords :

- T03819002473
- T03818001511
- T03818001465
- T06918003065
- T03818001183

- T00319000416 : l'accord fait 1 page. Il s'agit d'un accord pour améliorer le pouvoir d'achat de ses salariés. L'accord mentionne la loi du 24 décembre 2018 portant mesures d'urgence économiques et sociales qui prévoit la possibilité de verser une prime exceptionnelle de pouvoir d'achat exonérée de charges sociales et non-soumise à l'impôt sur le revenu.

2. Analyse des accords

T03819002473 : entreprise située à St Martin d'Hères (38400) : l'accord à durée indéterminée fait 2 pages, entré en vigueur le 1^{er} mars 2019. Il a pour objet explicite de déroger à l'application de l'accord de branche du 16 juin 2016 relatif à la durée et à l'organisation du travail dans les activités du transport sanitaire (**étendu par arrêté du 19 juillet 2018**).

Selon l'accord X, « les dispositions de l'article 4 « temps de travail effectif » de l'accord de 2016 ne sont pas applicables dans l'entreprise ». Le temps de travail reste donc décompté

selon l'accord de branche du 4 mai 2000. Ainsi, il fait application du principe des équivalences pour le décompte du temps de travail effectif. Le coefficient d'équivalence est fixé à 90%, quel que soit l'activité, même lors des permanences de nuit et week-end. Les pauses, pauses repas et temps d'inactivité ne sont ainsi plus décomptées de l'amplitude qui se voit déjà appliquée un coefficient.

T03818001511, entreprise située à Roussillon (38) : Accord du 23 octobre 2018, entré en vigueur le 1^{er} novembre 2018. L'accord (1 page) a pour objectif explicite d'écarter l'application d'un avenant à la convention de branche applicable dans l'entreprise. En effet, l'accord souligne explicitement que « *L'accord du 16 juin 2016 relatif à la durée et à l'organisation du travail dans les activités du transport sanitaire prévoit son caractère normatif mais permet qu'il y soit dérogé par accord d'entreprise ou d'établissement conclu dans le respect des dispositions légales et réglementaires en vigueur* ».

Plus précisément, il s'agit d'écarter l'application de toutes les dispositions d'un avenant à l'accord de branche intervenu en 2016, relatif à l'organisation du travail dans les entreprises de transport sanitaire, car les dispositions de cet avenant seraient moins favorables aux salariés. Il est expressément indiqué « *l'intégralité des dispositions de l'accord du 16 juin 2016 ne sont pas applicables dans l'entreprise* » et que « *seules restent en vigueur au sein de l'entreprise les dispositions précédemment appliquées, résultant aussi bien de l'ancien accord cadre du 4 mai 2000 que des avantages d'ores et déjà mis en place au sein de la structure* ».

T03818001465 : entreprise située à Saint Clair du Rhône (38) : l'accord fait 1 page, 19 octobre 2018, entré en vigueur le 1^{er} novembre 2018. Le préambule de cet accord souligne clairement que « *l'accord du 16 juin 2016 relatif à la durée et à l'organisation du travail dans les activités du transport sanitaire prévoit son caractère normatif **mais permet qu'il y soit dérogé par accord d'entreprise ou d'établissement** conclu dans le respect des dispositions légales et réglementaires en vigueur* ».

Cet accord a pour objet explicite de déroger à l'application de l'accord du 16 juin 2016 relatif à la durée et à l'organisation du travail dans les activités de transport sanitaires portant

avenant à l'accord-cadre du 4 mai 2000, « *les parties signataires, considérant que certaines dispositions de ce nouvel accord seraient moins favorables aux salariés* ». L'accord analysé indique par conséquent que l'intégralité de l'accord de 2016 n'est pas applicable dans l'entreprise ; « *seules restent en vigueur au sein de l'entreprise* » les dispositions de l'ancien accord-cadre du 4 mai 2000.

T06918003065, entreprise située à Condrieu (69420) : Accord signé le 22 octobre 2018, entré en vigueur le 1^{er} novembre 2018. La rédaction est **exactement** la même que l'accord T03818001465

T03818001183, entreprise située à Gières (38) : Accord entré en vigueur le 1 août 2018. Cet accord n'écarte que les stipulations conventionnelles relatives au temps de travail effectif. Il est également souligné dans cet accord qu'il « *est possible de déroger aux modalités de l'accord du 16 juin 2016 par accord d'entreprise conclu dans le respect des dispositions légales et réglementaires en vigueur* ». Par conséquent, l'accord prévoit que « *les dispositions de l'article 4 « temps de travail effectif » de l'accord du 16 juin 2016 ne sont pas applicables dans l'entreprise. Le temps de travail reste donc décompté par application des dispositions de l'accord-cadre du 4 mai 2000 dans sa rédaction applicable avant l'entrée en vigueur de l'accord du 16 juin 2016. Il sera, en outre, fait application du principe des équivalences pour calculer le temps de travail effectif des personnels ambulanciers* ».

A l'exception de l'accord T00319000416, les autres accords ont tous été signés pour déroger à l'application de l'accord du 16 juin 2016 (la partie concernant le décompte du temps de travail effectif-calculé sur la base de l'amplitude diminuée des temps de pause ou coupures) pour appliquer **l'ancien accord cadre du 4 mai 2000 (heures d'équivalence)**.

3. Une nouvelle architecture des accords et une problématique professionnelle

Après analyse de ces accords conclus dans le secteur du transport sanitaire, il apparaît que le problème réside principalement dans le calcul du temps de travail effectif. **Nous sommes à**

la fois dans une problématique professionnelle et dans une problématique d'articulation, d'adaptation des accords, ce qui nous semble particulièrement intéressant à approfondir.

En effet, il est expressément souligné dans 4 accords que *« l'accord du 16 juin 2016 relatif à la durée et à l'organisation du travail dans les activités du transport sanitaire prévoit son caractère normatif mais permet qu'il y soit dérogé par accord d'entreprise ou d'établissement conclu dans le respect des dispositions légales et réglementaires en vigueur ».*

Ces accords analysés s'affranchissent totalement de l'accord-cadre du 16 juin 2016, concernant le décompte du temps de travail effectif, pourtant applicable dans le secteur des transports sanitaires.

Surtout, le titre liminaire de l'accord du 16 juin 2016 énonce en effet que l'accord a un caractère normatif et qu'*« en conséquence, il ne peut y être dérogé que par voie d'accord d'entreprise ou par voie d'accord d'établissement conclu dans le respect des dispositions légales et réglementaires en vigueur ».*

Or, selon **l'article L.2253-1 du code du travail**, la convention de branche définit les conditions d'emploi et de travail des salariés. Elle peut en particulier définir les garanties qui leur sont applicables dans les matières concernant les salaires minima hiérarchiques, les classifications ou encore *« les mesures énoncées à l'article L. 3121-14, au 1° de l'article L. 3121-44, à l'article L. 3122-16, au premier alinéa de l'article L. 3123-19 et aux articles L. 3123-21 et L. 3123-22 du présent code et relatives à la durée du travail, à la répartition et à l'aménagement des horaires ».* Ce même article précise que *« dans les matières énumérées au 1° à 13°, les stipulations de la convention de branche ou de l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large prévalent sur la convention d'entreprise conclue antérieurement ou postérieurement à la date de leur entrée en vigueur, sauf lorsque la convention d'entreprise assure des garanties au moins équivalentes. Cette équivalence des garanties s'apprécie par ensemble de garanties se rapportant à la même matière ».*

L'article L.3121-14 énonce précisément qu'une durée du travail équivalente à la durée légale pour les professions et emplois mentionnés à l'article L.3121-13, notamment le transport sanitaire, peut être instituer par une convention ou un accord de branche étendu, laquelle détermine la rémunération des périodes d'inaction.

Cela signifie en l'espèce qu'en matière de durée de travail et en particulier de régime d'équivalence, la convention ou l'accord de branche prévaut sur la convention d'entreprise conclue antérieurement ou postérieurement à la date de son entrée en vigueur.

Les accords étudiés concernant les personnels ambulanciers sont non seulement dérogatoires à l'égard de la branche mais surtout *contra legem*. Ils sont enfin contraires à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

La lecture des forums de discussions¹⁹⁰ (forum ambulanciers) montre que ce problème de l'amplitude des heures de travail et celui de l'organisation du temps de travail en général avec les astreintes constituent l'essentiel des messages et des questions posées par les salariés. Les pratiques des employeurs, les retenues non justifiées sont souvent dénoncées et semblent être un sujet de conflit. Les accords, que nous avons repérés, sont révélateurs mais surtout représentatifs des préoccupations des entreprises de ce secteur du Transport.

¹⁹⁰ <https://www.cnsa-ambulances.com/forums/forum/forum-cnsa/> et <https://ambulances.forumpro.fr/forum>

V. Les accords de performance collective dans les TPE/PME de la région AURA

L'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017 a introduit dans le Code du travail d'une part, la possibilité de conclure des accords de performance collective et, d'autre part, la possibilité pour les entreprises de moins de 20 salariés de conclure un accord collectif s'il est approuvé par les deux tiers des salariés.

L'analyse des accords de performance collective conclus sur la région Auvergne-Rhône-Alpes, dans les entreprises de moins de 300 salariés et en l'absence de délégué syndical nous a semblé pertinente, à la fois dans la dimension relative à l'analyse des accords ainsi que dans la dimension relative aux processus de négociation.

A. Cadre méthodologique

1. *Choix de l'angle*

Les accords de performance collective permettent d'aménager l'organisation et le temps de travail, la rémunération des salariés ou encore leur mobilité géographique ou professionnelle, ceux-ci s'exposant à un licenciement en cas de refus.

En cette période de crise sanitaire, les entreprises risquent d'être confrontées à des dilemmes : licencier, et préserver les conditions de travail, ou aménager à la baisse les conditions de travail pour essayer de conserver les emplois. De nombreux employeurs, ainsi que plusieurs organisations patronales, mettent en avant la nécessité pour les entreprises et leurs salariés de « s'adapter » au nouveau contexte économique issu de la crise sanitaire : hausse du temps de travail ou modification de son organisation, baisse de la rémunération, mobilité fonctionnelle liée notamment à un besoin d'augmentation de la polyvalence, mobilité géographique etc.

Au regard des enjeux, et de leurs conséquences, ces accords supposent conciliation et négociation. Pour que leur résultat, souhaité équilibré, soit socialement acceptable (ce qui est

d'autant plus important aujourd'hui vu des conséquences pour les individus des APC), le respect de certaines conditions dans le processus de négociation s'impose.

On note par ailleurs que des clauses peuvent être intégrés à ces APC dans une logique de compromis entre les différentes parties : un engagement de maintien de l'emploi (sauf fait imputable au salarié bien entendu) pour une durée expressément définie par l'accord ; une clause de retour à meilleure fortune qui remet les compteurs à zéro en cas d'amélioration sensible de la situation économique de l'entreprise ; l'engagement des actionnaires et dirigeants de faire des efforts proportionnés à ceux imposés aux salariés.

Cet angle analytique vise à identifier les objectifs et le contenu des accords de performance collective (APC) déposés entre le 3 mai 2018 et le 26 février 2021 dans la région Auvergne-Rhône-Alpes. Il a été conduit dans le cadre d'une convention de partage d'information avec la DREETS. Sur la période considérée, 91 accords ont été conclus, dont 69 dans les entreprises de moins de 300 salariés et parmi ceux-ci, 33 en l'absence de délégué syndical (dont sept par voie référendaire).

2. Les hypothèses et questionnements

Les principaux éléments de diagnostic issus des analyses des APC avant la crise notaient de faibles contreparties concédées face aux efforts des salariés, des accords à durée indéterminée et peu de clauses de retour à bonne fortune. Quid de ces constats depuis la crise sanitaire ? Identifie-t-on des tendances qui réorientent les APC vers un meilleur équilibre ? Identifie-t-on de nouvelles contreparties, si oui lesquelles ?

Ce type d'accord peut constituer une alternative aux licenciements compte tenu du contexte économique mais peut aussi potentiellement générer de nouvelles problématiques en termes de conditions de travail par l'introduction de nouvelles organisations qui accentuent les cadences et la charge de travail, l'augmentation du temps de travail ou encore interrogent la conciliation entre vie professionnelle et vie personnelle à travers la mobilité géographique. Quid de l'évolution de la présence d'éléments relatifs aux conditions de travail ou à la santé au travail depuis la crise sanitaire et ses conséquences économiques ?

Aussi, les principales hypothèses ont été les suivantes :

- Une augmentation des accords et une évolution du contenu et des objectifs des accords depuis le début de la crise sanitaire comparativement à ceux signés avant mars 2021
- Des tendances en termes de secteur d'activité, d'objectifs, et de contenu, qui varient selon que l'on se situe au début de la crise (mars 2020), en cours (été 2020) ou aujourd'hui (depuis janvier 21)
- Une évolution des contreparties et de leur nature avant et post crise

L'enjeu de l'analyse vise à rechercher si l'accord renvoie au contexte dans lequel se trouve l'entreprise, à même de justifier le recours à ce type d'accords : les difficultés économiques, s'il y a une référence à un PSE, à la notion de préservation de l'emploi ou de développement de l'emploi, ou encore s'il n'y a pas de difficulté économique mais une exigence d'adaptation de l'entreprise (accentuer la compétitivité par exemple).

En ce qui concerne les contreparties, il s'agira de s'interroger sur les efforts des dirigeants, sur l'adaptation des règles au niveau de l'entreprise, l'existence de dispositifs transitoires, les modalités diverses d'accompagnement des salariés et les contreparties au bénéfice des salariés qui peuvent exister. On s'interrogera également sur les différentes modalités d'information, et les aménagements conclus.

3. Les données mobilisées

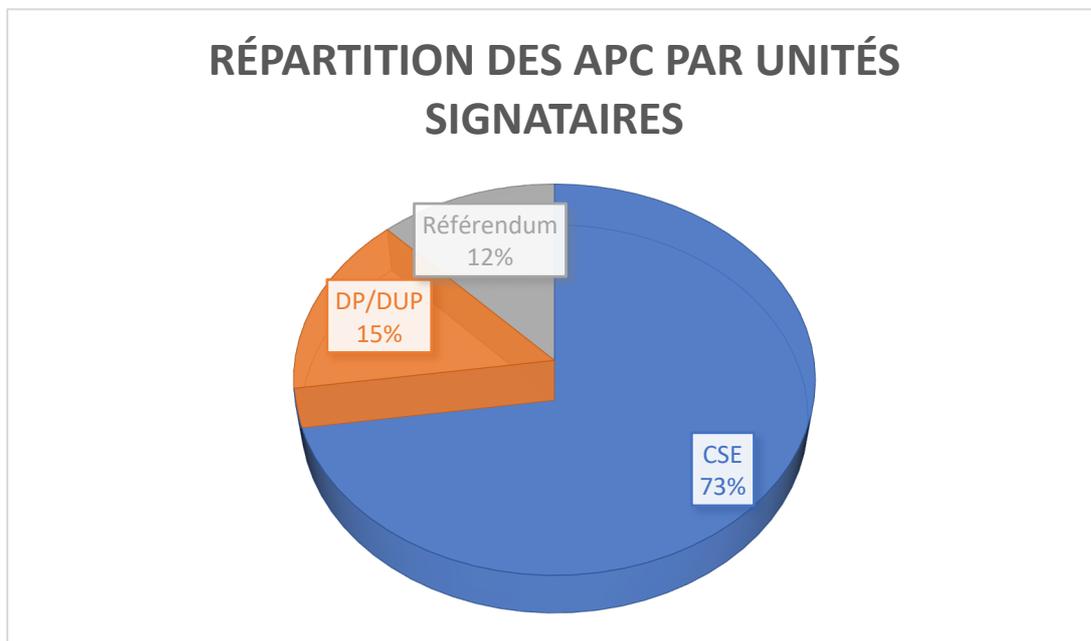
a. Analyse textuelle des accords

41 accords conclus dans la région AURA de mai 2018 à février 2021 dans les entreprises de moins de 300 salariés en l'absence de délégué syndical ont été identifiés au sein de la base de données de la DREETS. À la suite de leur étude, seulement 33 APC ont été retenus pour être analysés. En effet 8 d'entre eux étaient des avenants, ou étaient mal référencés car correspondant à des accords sur le temps de travail.

Sur les 33 accords analysés :

- 24 accords ont été conclus par des CSE
- 5 accords ont été conclus par des DP ou des DUP

- 4 accords ont été conclus par voie référendaire



b. Analyse qualitative

Des entretiens qualitatifs auprès des signataires d'accords de performance collective ont également été menés au sein de 3 entreprises volontaires. Les enjeux étant de mieux appréhender les dimensions qualitatives relatives aux processus de négociations telles que : la temporalité de l'accord, la dynamique de négociation, le rapport de force, et le lien avec les salariés. Pour chacune d'entre elles les entretiens ont été menés avec le directeur de la structure et les élus du CSE en deux temps distincts.

- Une entreprise du secteur industriel ayant conclu son accord en 2019
- Une entreprise du secteur industriel ayant conclu son accord en 2019
- Une association du secteur de l'animation ayant conclu son accord en 2020

Entreprises	Entretiens menés
Une entreprise du secteur industriel ayant conclu son accord en 2019	- Entretien avec le Directeur - Entretiens avec 2 élus du CSE
Une entreprise du secteur industriel ayant conclu son accord en 2019	- Entretien avec le Directeur - Entretien avec un élu CSE
Une association du secteur de l'animation ayant conclu son accord en 2020	- Entretien avec le Directeur - Entretiens avec 2 élus CSE

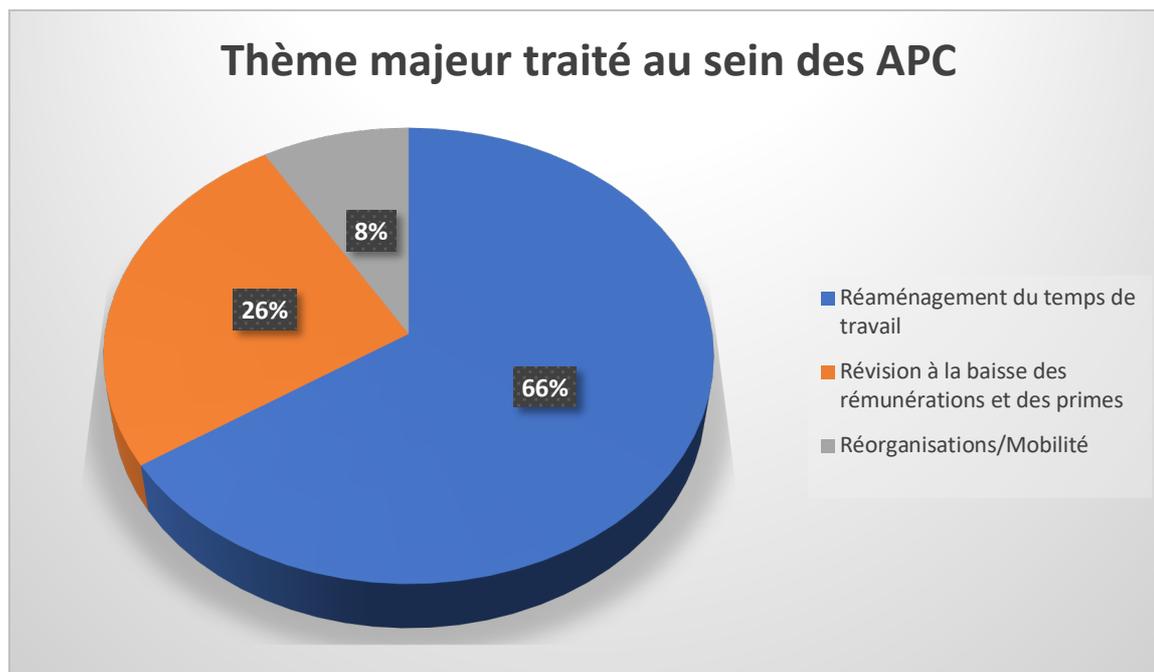
B. Les APC : Des accords qui peuvent en cacher d'autres

1. Une large majorité d'accords centrés sur l'aménagement du temps de travail

Un des premiers constats pouvant être effectués concerne les objets des APC qui traitent pour une large majorité de l'aménagement du temps de travail. Ces aménagements du temps de travail comprennent aussi bien la baisse ou l'augmentation du temps de travail, son annualisation, la mise en place de conventions de forfaits annuels en jours, la révision du temps de travail effectif (déduction du temps pause, de repas et/ou de trajet du temps de travail effectif) ou encore l'ouverture au travail dominical, les jours fériés ou de nuit. Ces réaménagements conduisent alors à réviser les modalités de rémunération, revues à la baisse.

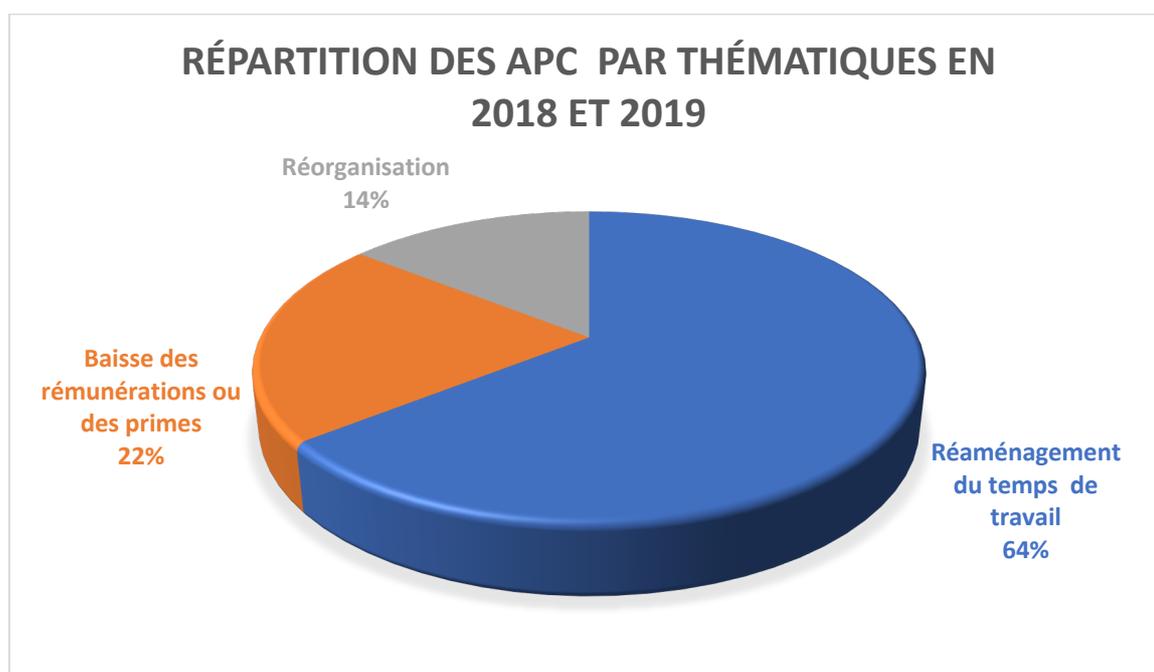
Ainsi dans les 33 APC conclus sans délégués syndicaux entre mars 2018 et mars 2019, 23 ont porté sur l'aménagement du temps de travail soit 66% des accords.

Thème majeur traité au sein des APC

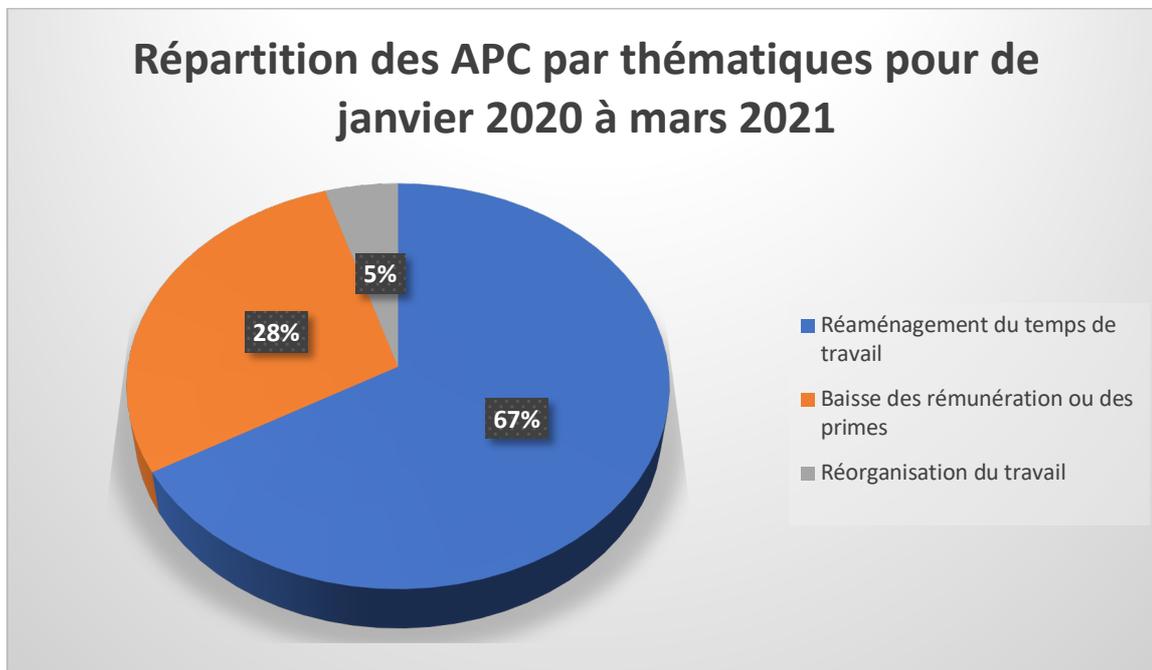


Concernant l'année 2018 et l'année 2019 sur les 13 APC conclus par des CSE, DP ou DUP, 9 ont concerné l'aménagement du temps de travail, soit 64% d'entre eux.

RÉPARTITION DES APC PAR THÉMATIQUES EN 2018 ET 2019



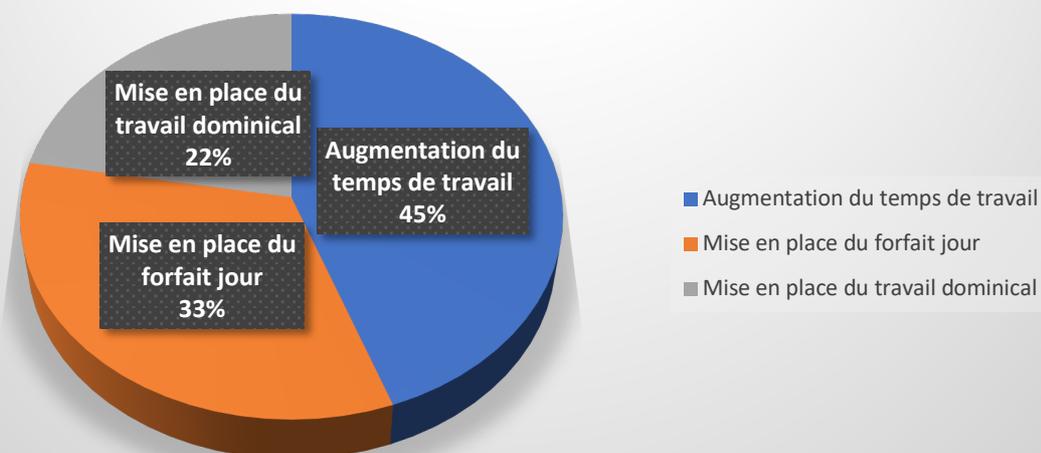
Concernant les APC conclus de janvier 2020 à mars 2021, on assiste au même constat avec une majorité des accords consacrés au réaménagement du temps de travail, soit 67% d'entre eux.



2. D'une visée originelle d'augmentation du temps de travail à une mobilisation de l'outil pour diminuer le temps de travail en contexte de crise sanitaire

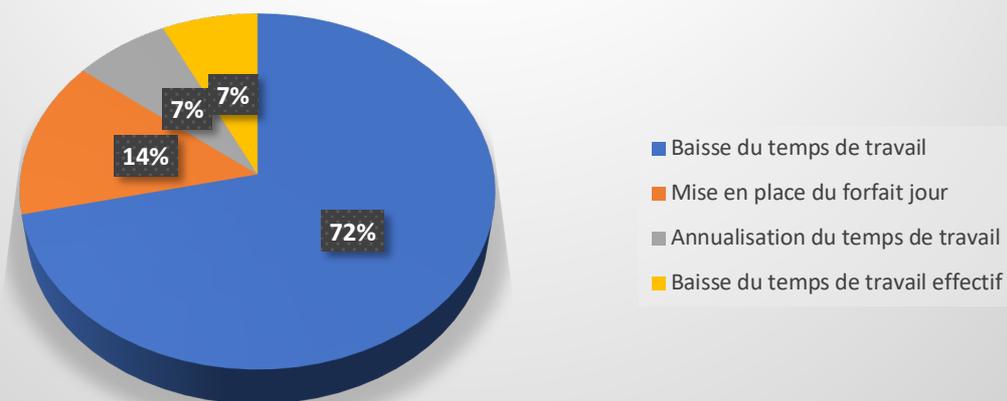
Si l'on se penche désormais plus précisément sur les sujets traités au sein des APC dont la thématique principale est le réaménagement du temps de travail, l'augmentation du temps de travail constitue le principal objet de ces accords en 2018 et 2019.

Répartition des sujets liés au temps de travail au sein des APC conclu en 2018 et 2019



Cette tendance s'inverse en 2020 et début 2021, où l'on assiste à une majorité d'accords conclus sur le réaménagement du temps de travail qui n'ont plus pour objectif de revoir le temps de travail à la hausse mais vise à diminuer le temps de travail.

Sujets relatifs à l'aménagement du temps de travail au sein des APC conclus entre janvier 2020 et mars 2021



Analyse :

Les accords conclus en 2018 et 2019 visent majoritairement à répondre à des enjeux de performance économique, de productivité et d'adaptabilité afin de faire face à une concurrence de plus en plus accrue et/ou de se développer. Pour ce faire, de nouvelles modalités de fonctionnement sont envisagées à travers des organisations du temps de travail plus flexibles et un allongement du temps de travail. Plus précisément cela se traduit par des augmentations de la durée collective du travail hebdomadaire, des modifications à la hausse du dispositif de forfait annuel, ou encore des augmentations du contingent d'heures supplémentaires. La variabilité des horaires et du temps de travail constitue également des éléments de l'accord en réponse à une volonté de flexibilisation de l'entreprise. Les changements organisationnels relatifs au travail en équipe, travail dominical et travail de nuit constituent également des évolutions en faveur d'une plus grande souplesse du fonctionnement de l'entreprise. Concernant les clauses relatives aux conditions de rémunérations, celles-ci correspondent au lissage de la rémunération sur l'année en lien avec l'annualisation du temps de travail et la mise en place des conventions de forfait jours.

Concernant **les accords de performance collective conclus de janvier 2020 à mars 2021**, on observe une toute autre tendance, en lien avec la crise sanitaire et ses effets sur l'activité économique des entreprises. En effet, les aménagements du temps de travail qui constituent l'objet de l'accord pour une majeure partie d'entre eux, se traduit à l'inverse de ceux conclus en 2018 et 2019, par une baisse du temps de travail. Les préambules de ces accords exposent clairement des enjeux de maintien des emplois, et non plus de développement, et de pérennité de l'entreprise face à une activité déclinante voire stoppée. 14 accords sur les 20 conclus (hors délégués syndicaux) dans cette période, signifient le recours à un APC afin de pérenniser les emplois face à de fortes difficultés économiques liées au contexte de crise sanitaire.

3. Une évolution vers un meilleur équilibre des accords en faveur des salariés

Les accords de performance collective permettent d'aménager l'organisation et le temps de travail, la rémunération des salariés ou encore la mobilité géographique ou professionnelle des salariés, qui s'exposent à un licenciement en cas de refus.

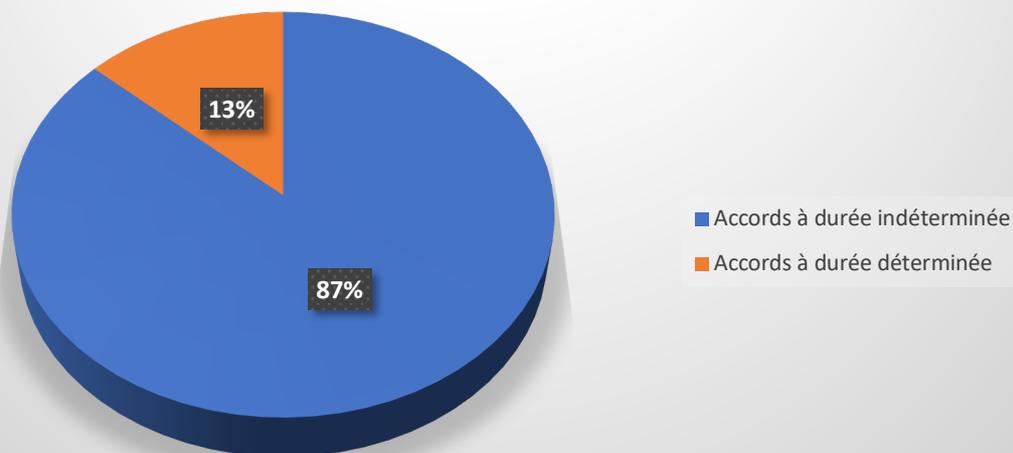
Aussi, afin d'équilibrer le contenu de ces accords et de viser un compromis qui soit socialement acceptable des clauses peuvent être intégrées à ces APC : un engagement de maintien de l'emploi pour une durée expressément définie par l'accord ; une clause de retour à meilleure fortune qui remet les compteurs à zéro en cas d'amélioration sensible de la situation économique de l'entreprise ; et l'engagement des actionnaires et dirigeants de faire des efforts proportionnés à ceux imposés aux salariés.

Toutefois, un des principaux éléments de diagnostic issu des analyses effectuées sur les APC, concerne la faiblesse des contreparties fournies aux salariés compte tenu des efforts consentis en termes d'aménagement de leur temps de travail, de leur rémunération ou encore de leur mobilité géographique ou professionnelle. Par ailleurs, d'autres constats tels que l'omniprésence d'accords à durée indéterminée, alors que la situation exposée s'avère conjoncturelle, et la faible présence de clauses de retour à meilleure fortune, abondaient dans le sens d'une forme de déséquilibre des intérêts des différentes parties en présence¹⁹¹.

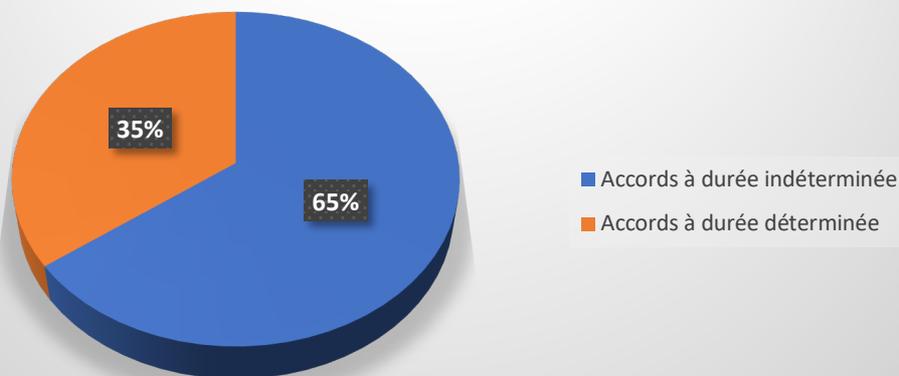
L'analyse comparative des accords conclus entre 2018 et 2019 avec ceux conclus de janvier 2020 à mars 2021, fait apparaître une tendance vers un meilleur équilibre entre les dispositions de l'APC qui demandent des efforts de la part des salariés et les contreparties qui leur sont proposées. Par ailleurs, participe également à cette tendance vers un meilleur équilibre, des durées d'accords qui sont davantage à durée déterminée en 2020 et 2021 comparativement à la période 2018 et 2019. Ajoutons aussi, qu'en lien avec le développement d'accords à durée déterminée, la présence plus notable de clauses de retour à meilleure fortune conditionne les efforts consentis par les salariés.

¹⁹¹ Accords de performance collective – Site du ministère du travail, de l'emploi et de l'insertion, mise à jour du 22 juillet 2020 ; Enseignements des premiers accords de performance collective – Sextant expertise, juin 2019

Répartition des APC en 2018 et 2019 par durée



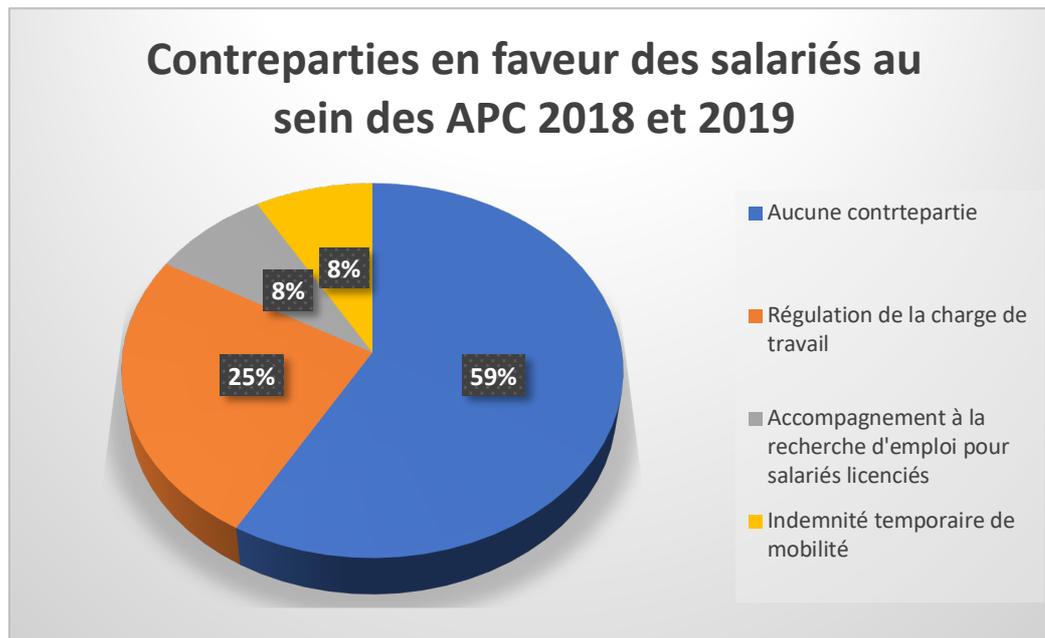
Répartition des APC de janvier 2020 à mars 2021 par durée



Concernant les contreparties, elles apparaissent au sein des accords conclus en 2018 et 2019 sous la forme :

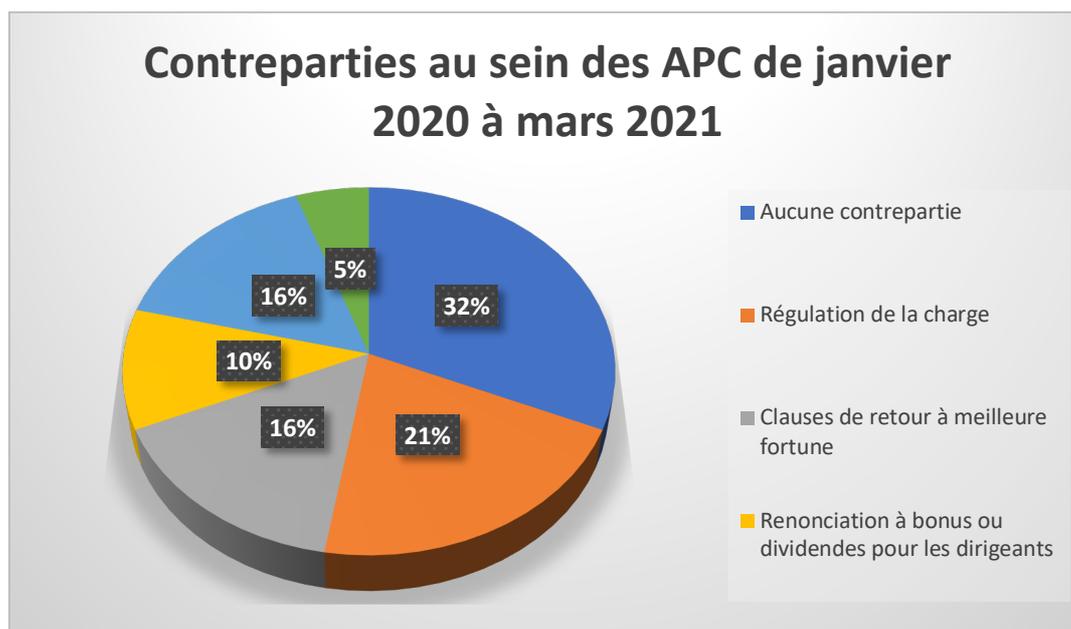
- De modalités de régulation de la charge de travail et du rappel du droit à la déconnexion dans le cas de la mise en place de format jour
- D'une clause de revoyure
- D'une indemnité temporaire de mobilité

- Et d'un accompagnement à la recherche d'emploi pour les salariés licenciés



Au sein des accords conclus entre janvier 2020 et mars 2021, les contreparties sont plus nombreuses et plus diversifiées. 14 accords de performance collective sur les 20 conclus dans cette période par des CSE ou par voie référendaire, prévoient en effet des contreparties qui vont de la régulation de la charge de travail à des clauses de retour à meilleure fortune, en passant par des renoncements de bonus ou de dividendes pour les cadres dirigeants ou par l'octroi de primes de fidélité pour les salariés concernés.

Contreparties au sein des APC de janvier 2020 à mars 2021



Il est également à noter, que comparativement aux accords conclus en 2018 et 2019, 2 accords conclus en 2020 précisent que le refus de l'APC n'entraînera pas de licenciement automatique. En effet, au sein de l'ensemble des accords analysés, il est systématiquement notifié que conformément à l'article L 2254-2 IV, les salariés disposent d'un délai d'un mois pour accepter ou refuser l'application de l'accord à son contrat de travail et qu'une procédure de licenciement pourra être engagée dans un délai de 2 mois à compter de la notification du refus par le salarié en application de l'article L 2254-2 V du code du travail. Or, dans ces 2 accords conclus en 2020, est signifié un souci du ou des dirigeants de ne pas avoir à recourir aux licenciements.

Extraits des accords en question :

Accord signé le 18 juin 2020 : « En cas de refus exprimé par un salarié, ce dernier ne fera pas l'objet d'une procédure de licenciement telle que prévoit l'article L. 2254-2 du Code du travail. En revanche, il est rappelé que l'objectif du présent accord étant de préserver l'emploi dans un contexte de difficultés économiques, présentes et à venir ; le refus exprimé par un ou plusieurs salariés aura pour conséquence de ne plus permettre à (...) d'assurer la stabilité de l'emploi et pourra contraindre le Club à envisager la prise de mesures de nature juridique. »

Accord signé le 22 juin 2020 : « Le refus du salarié ne pourra quant à lui, pas être implicite. Il devra expressément signifié par lettre recommandée avec accusé de réception. En cas de refus, la structure de sa rémunération restera inchangée. Cependant, pour rappel, dans l'hypothèse d'un refus du salarié, la Loi prévoit que la Société dispose d'un délai de deux mois calendaires, pour engager une procédure de licenciement pour cause réelle et sérieuse (...). Néanmoins, faire jouer ce droit serait contraire à l'objectif de fidélisation et de pérennité poursuivi par le présent accord. »

C. Des accords faiblement investis par les enjeux des représentants du personnel et/ou des salariés

Entreprise A :

Cette entreprise du secteur industriel, située dans le département du Rhône, a pour principale activité le tri de déchet industriel, en particulier les déchets de chantier.

Cette entreprise rachetée en 2011, possède un site administratif, plusieurs dépôts et des aires de tri.

Son effectif est de 42 salariés avec différents corps de métiers : des chauffeurs poids lourds, des salariés affectés au tri, ainsi que des fonctions supports et administratives.

Cette entreprise est dotée d'un CSE depuis 2018 composé de 2 élus titulaires et 1 élu suppléant.

Concernant le contexte et l'objet de l'APC, l'entreprise a absorbé début 2019 une autre entreprise de tri de déchet situé à une vingtaine de kilomètres. L'enjeu de l'APC a donc été de permettre d'homogénéiser les statuts, le régime d'indemnisation et de primes, le système de rémunération ainsi que l'organisation du temps de travail.

L'APC a été conclu en mai 2019.

Entreprise B :

Cette entreprise du secteur industriel textile, située dans le département de la Drôme, est spécialisée dans la création et la fabrication de tissus.

Son effectif est de 250 salariés avec différents corps de métiers tels que des stylistes, des commerciaux, des teinturiers, des responsables de production, des contrôleurs qualité et des coloristes.

Cette entreprise est dotée d'un CSE depuis 2018 composé d'un élu titulaire.

C'est dans un contexte de baisse des commandes et de hausse de la concurrence étrangère ayant générés une baisse progressive du nombre et de la rentabilité des contrats de vente, que l'entreprise a souhaité négocier un APC. L'objectif de cet accord étant de réaménager le temps de travail, en mettant en place le travail de nuit durant certaines périodes de l'année, en supprimant des primes, et en déduisant les temps de pause, de trajet et de repas du temps de travail effectif.

Entreprise C :

Cette entreprise, situé dans le département du Rhône, est une association à finalité éducative et sociale avec pour principale activité l'organisation de colonies de vacances et de camps pour adolescents. Elle organise également les formations des directeurs et animateurs de ses colonies.

Elle comprend une trentaine de salariés, dont les métiers sont commerciaux, secrétaires administratifs, comptables, formateurs (BAFA) ainsi que des animateurs.

Un CSE est mis en place depuis 2018, composé de 2 élus titulaires et 2 élus suppléants.

Confrontée à une baisse d'activité depuis plusieurs années accentuée par la crise sanitaire, l'APC a été mobilisé en vue de revoir le temps de travail à la hausse sans augmentation de salaire, de supprimer le contrat de prévoyance complémentaire et de réviser à la baisse la participation aux œuvres sociales.

Dans l'ensemble des entretiens menés au sein des trois entreprises volontaires avec les négociateurs représentants de l'employeur, le sentiment de dilemme a largement été exprimé. En effet, il s'est agi en amont du processus de négociation de faire le choix entre licencier, et

préservé les conditions de travail de ceux qui restent ou d'aménager à la baisse les conditions d'emploi et/ou de travail pour essayer de conserver les emplois. Tous ont mis en avant la nécessité de « s'adapter » au nouveau contexte économique issu de la crise sanitaire : hausse du temps de travail ou modification de son organisation, baisse de la rémunération et suppression de primes, mobilité fonctionnelle liée notamment à un besoin d'augmentation de la polyvalence, mobilité géographique etc.

Au regard des enjeux soulevés et des conséquences, ces accords ont donc supposé un processus de négociation. Le processus de négociation se définit comme le partage des enjeux et leur mise en débat, l'organisation d'espaces et de temps consacrés au partage des intérêts propres à chaque acteur, ainsi que des temps de discussion consacrés à la recherche de compromis. Ce processus suggérant la mobilisation de moyens et ressources afin d'instruire au mieux le sujet de la négociation ainsi que la remontée des intérêts des acteurs représentés. Toutefois, force a été de constater que les processus ayant conduit à ces accords, n'ont pas réuni les conditions permettant de répondre à ces enjeux.

1. Des accords conclus mais des processus de négociation déficients

Un des premiers éléments notables ressorti des différents entretiens menés a été le caractère succinct des étapes conduisant à l'accord et la temporalité très courte entre l'énoncé de la volonté de négocier un accord par la direction, jusqu'à sa signature.

Au sein des entreprises A et B, la temporalité de la production de l'accord a été de 4 mois. Dans cette temporalité, 3 réunions de CSE se sont tenues. Cette temporalité très courte conduit à s'interroger sur l'existence même d'une négociation guidée par un processus séquencé pour la mener. Ainsi, pour les 2 entreprises concernées :

- Une première réunion CSE a consisté pour les représentants de la direction à partager avec les élus la volonté de produire un APC face aux difficultés rencontrées,
- La seconde réunion de CSE a consisté à proposer un premier texte d'accord, et prendre en compte les propositions d'amendements des élus
- Et la 3eme à valider le contenu de l'accord et à le signer

Si l'on reprend les enjeux pour l'employeur de l'entreprise A, la négociation avec les élus a permis *« d'avoir le pouls du climat social dans l'entreprise et favoriser l'acceptation de l'ensemble des personnels du contenu de l'accord »*. Concernant l'entreprise B, *« la négociation a consisté à expliciter les éléments de l'accord, les changements qui allaient survenir aux élus, pour que les choses soient bien comprises »*.

On voit donc que la négociation au sein de ces deux entreprises comprend davantage un processus de discussion et d'explicitation des éléments de l'accord, pour aboutir à une signature, qu'à une véritable négociation au sens de recherche de compromis. Les élus de ces deux entreprises ont finalement été en posture de réaction, et non en posture de coproduction. Leur rôle attendu par la partie employeur a été de valider le contenu de l'accord. Ces élus, comme nous le verrons plus loin, n'ont pas réellement instruit le contenu de l'accord de leur côté, que ce soit via une relecture éclairée par des conseils juridiques, sociaux ou syndicaux et retravailler à l'aune des enjeux des salariés dont les remontées auraient été organisées en amont.

Concernant l'entreprise C, la démarche a été quelque peu différente. D'une part, la temporalité a été plus longue. La négociation s'est en effet déroulée sur une période de 9 mois, avec plusieurs séances de négociation qui ont été organisées en sus des CSE. Au total 3 CSE et 3 séances de négociation ont été organisées, avec des temps demandés par les élus qui soient suffisants entre les séances pour leur permettre de travailler le texte, et de consulter les salariés tout au long du processus.

Dans cette association, la représentation de la négociation et plus largement du dialogue social pour l'employeur diffère quelque peu des 2 entreprises précédentes. *« Au départ, le cabinet nous a proposé un accord simplifié. La négociation avec les élus nous a permis de donner du corps « social » à cet accord. Ils représentent les salariés et sont leurs porte-parole, et c'est par eux que remontent leurs enjeux et leurs préoccupations. Et à partir de là, si on cherche l'équilibre, il faut arriver à donner toute la place dans l'accord aux préoccupations des élus. A condition de rester dans le compromis avec les intérêts économiques. C'est là que se joue la négo. »*

2. Des ressources inégalement mobilisées par les acteurs de la négociation

Concernant les représentants de l'employeur, il a tout d'abord été possible de constater pour les 3 entreprises au sein desquelles ont été menés les entretiens avec les signataires, que le processus de production des APC a procédé d'une première étape systématique, qui a été la consultation d'un cabinet d'avocat. Au regard des difficultés économiques ou juridiques auxquelles étaient soumises les entreprises, les employeurs ont eu comme premier réflexe de demander conseil à un cabinet d'avocats en droit social. Ceci est notable dans la mesure où cette sollicitation a été systématique pour les 3 entreprises. L'intention côté employeur étant de bénéficier de conseils sur les actions à déployer face à leur situation économique et/ou sociale, et une aide à la prise de décision sur le type et la nature d'accord permettant de répondre aux difficultés rencontrées.

Dans l'entreprise C, en charge de l'organisation de colonies de vacances « *L'APC a finalement été choisi et proposé aux salariés, car nous étions dans l'obligation de travailler à effectif réduit, de faire des économies et de revenir à l'équilibre. Ce sont tous ces éléments que j'ai partagé à notre conseil juridique et qui m'a proposé ce type d'accord qui permettait de fixer un nouveau cadre qui revienne sur les acquis ou qui permette d'en renégocier un autre.* »

La démarche a été identique pour les représentants de la direction des deux autres entreprises A et B, qui ont fait également appel à une expertise juridique afin de proposer une première version d'un accord possible, et s'assurer de la conformité de l'accord avant sa signature. Dans les trois cas, une première proposition de texte a été effectuée.

Le lien avec la fédération professionnelle, la branche ou le syndicat patronal a été effectué également, afin de s'assurer ici aussi de la conformité de l'accord, et le cas échéant de mobiliser des ressources juridiques pour ce faire.

Du côté des élus, au sein des trois entreprises, aucune ressource extérieure n'a été mobilisée. Au mieux, c'est par le biais de recherche sur Internet, que des éléments de connaissances ont été mobilisés. C'est en effet le cas de l'entreprise C, au sein de laquelle les

élus se sont renseignés sur les APC, leurs objectifs, leurs contenus et leurs conséquences pour les salariés. *« On aurait eu besoin d'aide, de conseils, ... mais on ne savait pas du tout à qui s'adresser. Du coup on a regardé sur internet, on s'est renseigné et c'est d'ailleurs là qu'on a su que les APC pouvaient être à durée déterminée. »*

Pour les 2 autres entreprises A et B, de la même manière, il a pu être constaté une totale méconnaissance des ressources et moyens à mobiliser, voire un refus à se voir associé à une organisation syndicale et donc à la solliciter. Dans l'une d'entre elles, certains élus ont exprimé une forme de défiance à l'égard des organisations syndicales *« on n'a pas confiance, généralement les syndicats pensent à leurs intérêts, ils jouent leur propre jeu, et ce n'est pas forcément dans l'intérêt des salariés. »*

Dans les trois cas, les élus n'ont bénéficié d'aucune formation lors de leur prise de mandat. Le fait même que cela constitue un droit est méconnu. La question des ressources et moyens mobilisables dans l'exercice de leur fonction se pose donc également dans les autres pratiques du dialogue social et explique certainement en partie une posture « attentiste » davantage que proactive dans l'exercice du dialogue social.

3. De faibles marges de manœuvre et un sentiment de trop forte responsabilité pour les élus

La faible professionnalisation des élus sondés, leur méconnaissance des ressources pouvant être mobilisées, et leur isolement ou en tout cas leur non-inscription dans un système plus général d'acteurs du dialogue social, explique certainement en partie le sentiment unanimement partagé de faibles marges de manœuvre.

Dans l'entreprise A, les élus ont exprimé un sentiment d'impuissance, et une forme d'ultimatum posé par la direction : *« L'accord nous a été présenté comme : c'est ça ou on coule. Et présenté comme ça, les salariés se sont dit c'est ça ou rien. »*. Dans l'entreprise B : *« La position de la direction a été que vous le signez ou pas ça revient au même. Alors, on s'est laissé guider. Et ils nous ont bien dit si on accepte pas l'APC il y aura une rupture de son contrat de travail. Donc on n'avait pas le choix. »*

Pour les élus de l'entreprise C, le sentiment de marges de manœuvre réduites, pour faire évoluer l'accord dans le sens d'une meilleure prise en compte des intérêts des salariés, a également été évoqué : « On n'a pas *une âme de délégués*. Ça devrait être les délégués syndicaux qui négocient. *Qu'on soit d'accord ou pas c'est pareil.* » Pour ces élus, une réelle prise de conscience de n'être pas suffisamment formés et outillés, afin de peser dans la négociation a largement été exprimée. « *On a vraiment eu un sentiment d'impuissance, d'être obligés, et de ne pas avoir le choix... Donc pas de réelle négociation dans ce contexte. La seule négo a été sur la durée. On était prêts à se sacrifier pendant 2 ou 3 ans.* »

Le lien des élus avec les salariés dans le processus de négociation de l'APC a également constitué un élément notable au sein des entretiens avec l'ensemble des élus de ces 3 entreprises. Concernant les entreprises A et B, au sein desquelles la négociation s'est déroulée dans un temps très court et très concentré, le lien avec les salariés s'est révélé quasiment inexistant. Des réunions d'informations auprès des salariés ont été organisées, mais essentiellement par les membres de la direction. Les élus n'ont pas organisé d'assemblées générales ou de temps d'échanges autour des enjeux, du contenu et des conséquences de l'accord. Toutefois, les élus ont été le réceptacle des retours et questions des salariés à la suite des informations transmises dans des temps informels et y ont répondu ou s'en sont fait les relais lors des séances de CSE consacrées.

Concernant l'entreprise C, le lien avec les salariés a été beaucoup plus tenu. En effet, deux assemblées générales ont été organisées avec l'ensemble des salariés accentuées par des communications par mail, et des permanences consacrées à des rencontres interindividuelles. Ces assemblées générales se sont tenues à deux moments cruciaux : à la suite de la première proposition d'accord de la Direction, puis avant la validation de l'accord.

Le premier temps organisé, a eu lieu à la suite de l'envoi de la première proposition d'accord par mail. Il a constitué une véritable valeur ajoutée, dans la mesure où elle a permis de mettre en discussion la nécessité de passer d'un accord à durée indéterminée à un accord à durée déterminée. Par ailleurs, c'est également à cette occasion que le fait d'intégrer une clause

de retour à meilleure fortune a été évoqué. *« Quand on a envoyé l'APC, des collègues s'étaient renseignés de leur côté avant l'AG, et ont découvert qu'on pouvait demander une clause de retour à meilleure fortune, si la situation s'arrangeait ».*

Cette position collective a permis de soutenir celle des élus lors de la négociation, et de parvenir à obtenir des contreparties à l'augmentation du temps de travail (de 35h à 39h) sans augmentation de salaire et à la suppression du contrat de prévoyance supplémentaire complémentaire.

« On a donc demandé l'ajout de la clause de retour à meilleure fortune. Au départ la proposition était un accord à durée de 4 ans, mais on est parti du principe que quand l'activité redémarrait il n'y aurait pas de raison à ce qu'on continue à travailler plus pour gagner la même chose. On a donc demandé 2 ans pour la durée, et que la situation soit réévaluée avec l'espoir d'un changement à 2 ans si la situation s'améliorait. Sachant que dans la 1ere version il n'y avait pas de date de fin, accord à durée indéterminée. ». À la suite de cette première assemblée générale, les élus ont donc demandé que l'accord ait une date de fin, et la durée proposée par la Direction a été de 4 ans. La négociation suivant la seconde assemblée générale organisée par les élus du CSE, a permis d'obtenir une durée d'accord de 2 ans, qui a conditionné la signature des élus. Voici un extrait de l'accord de performance collective faisant référence à la durée : « L'accord de performance est signé pour une durée de 2 ans, soit jusqu'au 31 décembre 2022. (...) L'accord est renouvelable, après négociation avec les élus CSE, tant que le résultat d'exploitation annuel de l'association ne redevient pas bénéficiaire. (...) Retour à meilleure fortune : A date à laquelle l'association revient à une situation financière saine et à des comptes d'exploitation positifs, une négociation s'engagera avec les élus CSE afin de discuter de nouvelles modalités de travail et/ou des avantages qui pourraient bénéficier aux salariés. »

Les différents temps d'échanges organisés avec les salariés ont donc constitué une réelle ressource, dans la mesure où elle a soulevé les enjeux de contreparties face aux efforts demandés aux salariés. De plus, elle a permis de rééquilibrer le rapport de force, par une position collective portée par les élus.

4. Conclusion : Une causalité entre la présence de contreparties pour les salariés et l'investissement du rôle de l' élu

Pour que le résultat des accords de performance collective, souhaité équilibré, soit socialement acceptable (ce qui est d'autant plus important aujourd'hui au regard des conséquences pour les individus des APC), cela suppose que certaines conditions soient réunies dans le processus de négociation.

Il a pu en effet être observé que la temporalité, la nature des informations dont disposent les acteurs, les appuis dont ils bénéficient et le lien avec les salariés constituent des déterminants importants influant sur le contenu des accords. Plus précisément, ils constituent des facteurs différenciant pour ce qui concerne les contreparties accordées aux salariés face aux clauses relatives aux aménagements du temps de travail et/ou de la rémunération.

Tout d'abord, le rôle de l' élu se joue dans sa capacité à discuter la temporalité du processus de négociation de l'accord. Une temporalité maîtrisée doit lui permettre d'avoir le temps d'instruire le sujet, de mobiliser les ressources adéquates, d'informer et de consulter les salariés. Elle doit conduire *in fine* à le rendre davantage acteur dans la production de l'accord, à renforcer sa capacité à porter les intérêts des salariés qu'il représente. La mobilisation de ressources en terme d'expertise juridique, économique et sociale s'avère également essentielle en ce qu'elle permet d'avoir connaissance des possibles clauses et contreparties permettant de rééquilibrer les accords en faveur des intérêts des salariés. Enfin, le lien avec les salariés constitue un facteur essentiel d'équilibre du processus de négociation. Dans l'entreprise C, on observe à quel point ces temps d'échanges, qui ont pourtant été organisés en mode dégradé lors de la crise en visioconférence, ont généré des apports notables pour les élus négociateurs. Ils leur ont permis de découvrir des alternatives aux propositions émises par le Direction au bénéfice des salariés, et de poser des « garde-fous » pour reprendre leurs dires. Ils ont également renforcé la légitimité de la position des élus, par leur représentation « incarnée » et par l'expression d'une position « collective » des salariés.

Il a donc été possible de constater que la négociation collective en entreprise ne s'improvise pas. C'est un processus qui engage les acteurs et ceux-ci sont souvent peu outillés et formés pour le conduire dans de bonnes conditions. Les négociations conduisant à un accord peuvent être considérées comme trop souvent superficielles. Sans véritable processus de négociation

qui engage fortement les parties, il peut en résulter des accords déséquilibrés (au profit d'une des parties) qui ne s'ancrent pas dans les réalités de terrain et qui peinent à traiter les enjeux des salariés. Il s'agirait en effet de donner aux acteurs de la négociation – représentants du personnel et de l'employeur - des points d'appui pour mieux conduire une négociation, la préparer, préciser le rôle de chacun, indiquer les ressources disponibles et les contours juridiques potentiels des accords.

Table des matières

SOMMAIRE	5
-----------------	----------

PARTIE 1. LES ACCORDS D'ENTREPRISE CONCLUS DANS LES TPE DE LA REGION AURA : APPROCHE

EMPIRIQUE	11
------------------	-----------

I. PRESENTATION DU DISPOSITIF	11
A. LA SINGULARITE DU DISPOSITIF.	13
1. Le dépassement de techniques référendaires ciblées.	13
2. L'ouverture de dérogations inédites aux mains de l'employeur.	16
B. L'ENCADREMENT SOMMAIRE D'UN DISPOSITIF DE « RATIFICATION ».	18
1. La consultation des salariés.	19
2. La révision et la dénonciation de l'accord.	22
C. LA QUALIFICATION FORCEE D' « ACCORD D'ENTREPRISE ».	23
1. La mise à l'épreuve du droit des salariés à la négociation collective	23
2. Les conséquences pratiques de la qualification d'accord d'entreprise.	26
II. DONNEES GENERALES SUR LE RECOURS AU REFERENDUM DANS LES TRES PETITES ENTREPRISES DE LA REGION	
AUVERGNE-RHONE-ALPES	29
A. UNE ANALYSE DES ACCORDS COLLECTIFS RATIFIES PAR REFERENDUM	29
B. OBSERVATIONS GENERALES RELATIVES A LA BASE D'ACCORDS ETUDIEE	31
1. Répartition selon le mode de conclusion	32
2. Répartition selon l'objet de l'accord	33
3. La durée du travail, objet principal des accords	35
a. Les accords portant sur la durée du travail : revue détaillée	36
b. Les accords portant sur les rémunérations : des accords conjoncturels	38
c. Faire face à la situation sanitaire : les accords « Covid »	39
d. Les « autres » accords	40
4. Des accords le plus souvent obtenus dans les très petites entreprises (moins de 10 salariés)	42
5. Des séries d'accords identiques ou très proches	43
C. EXPLICITATION DU CHOIX DES CORPUS D'ACCORDS	45

1.	Corpus constitués au regard de l'objet des accords	45
2.	Les corpus sectoriels	47
3.	Un objet singulier : les accords de performance collective	47
III.	SYNTHESE DES ANALYSES DES CORPUS D'ACCORDS	49
A.	DES ACCORDS SUR LA DUREE DU TRAVAIL QUI ASSOUPLESENT LES CONDITIONS DE TRAVAIL	49
1.	L'éviction de la qualification « temps de travail effectif »	50
2.	L'augmentation des amplitudes de travail	51
3.	Le contournement du décompte horaire du temps de travail	52
B.	LA MOBILISATION DE LA SUPPLETIVITE DES STIPULATIONS CONVENTIONNELLES DE BRANCHE	53
1.	S'affranchir des conventions collectives de branche : un objectif souvent affirmé	54
2.	Des accords moins favorables que les dispositions conventionnelles de branche	55
C.	L'ACCOMPAGNEMENT DES ENTREPRISES	56
1.	Derrière les accords identiques, des sources communes	57
2.	Des modèles comme alternative aux accords-type de la loi du 8 août 2016 ?	58
3.	L'isolement du salarié, en particulier lorsqu'il est l'unique salarié de l'entreprise	59
D.	LA FAIBLE VISIBILITE DES RESULTATS D'UNE NEGOCIATION	60
1.	Des contreparties souvent peu visibles ou inexistantes	60
2.	L'ambiguïté de certains préambules	61
E.	UNE SECURISATION EN TROMPE L'ŒIL ?	62
F.	UN BROUILLAGE DES REPERES STRUCTURANT LE DROIT DE LA NEGOCIATION COLLECTIVE	64
1.	L'absence de représentation des intérêts des salariés	65
2.	La figure du contrat derrière celle de l'accord collectif	65
3.	La proximité du chef d'entreprise derrière la personne morale employeur	66

PARTIE 2. ÉTUDES DE CORPUS D'ACCORDS **67**

I.	LES FORFAITS ANNUELS EN JOURS INSTITUES PAR LA VOIE DU REFERENDUM	69
A.	CONSTAT, DEMARCHES ET TERRAINS D'ANALYSE.	69
1.	Un constat : la fréquence des accords portant sur les forfaits	69
2.	La démarche	70
3.	Terrains d'analyse	71
B.	L'ACCORD COLLECTIF ADOPTE PAR UN SEUL SALARIE	72
C.	LES RAPPORTS ENTRE LES ACCORDS ADOPTES DANS LES TPE ET LA CONVENTION SYNTEC	78

1.	Éléments de contexte.	78
a.	Le contentieux relatif aux forfaits jours	79
b.	Le contenu de la convention Syntec	81
2.	Les adaptations	83
a.	L'accès des salariés au forfait : la logique de l'émancipation	84
b.	Le contrôle de la durée et de la charge de travail : la logique de la sécurisation	87
II.	ANALYSE DES ACCORDS SUR LES HEURES SUPPLEMENTAIRES	89
A.	LES HEURES SUPPLEMENTAIRES, CADRAGE THEORIQUE	89
B.	ANALYSE QUANTITATIVE : DES ACCORDS MAJORITAIREMENT DESTINES A AUGMENTER LE VOLUME D'HEURES DU CONTINGENT ANNUEL.	92
1.	92 accords analysés	92
2.	Un nombre relatif d'accords réduisant la majoration salariale à 10%	93
3.	85 accords relatifs au contingent annuel pour une augmentation significative de son volume d'heures	93
C.	ANALYSE QUALITATIVE : MALENTENDU ET DOUTES SUR LES RAISONS INVOQUEES.	96
1.	Le malentendu : l'incompréhension du contingent ?	96
a.	Une idée juridiquement fausse.	96
b.	Un malentendu généralisé et diffusé par des modèles d'accord.	97
c.	L'émancipation des prévisions de la branche.	99
d.	L'augmentation du contingent au secours d'une prétendue insécurité conventionnelle.	101
2.	Les ambiguïtés des accords au sujet des droits des salariés.	106
a.	L'entretien d'une fiction.	106
b.	L'ambiguïté sur l'augmentation du pouvoir d'achat des salariés.	107
c.	Enjeux des conditions de travail et de la vie personnelle.	111
III.	LE RECOURS AU REFERENDUM DANS LES TPE DU PAYSAGE	119
A.	DONNEES CONTEXTUELLES RELATIVES AU SECTEUR D'ACTIVITE ET A L'EMPLOI	120
1.	L'activité	120
2.	L'emploi	121
3.	La représentation patronale et syndicale dans le secteur du paysage	122
B.	LES TEMPS DE DEPLACEMENT	124
1.	Des enjeux professionnels	124
2.	Une question source de contentieux	126
3.	La révision de la CCN : l'avenant n° 24	128
		196

4. Un positionnement actif de l'UNEP	130
C. DU/DES MODELE(S) AUX ACCORDS	130
1. Recensement des accords	131
2. La prééminence d'un modèle commun	135
a. L'attention portée au cadre conventionnel de branche	137
b. Un discours narratif	137
c. Des accords présentés comme consensuels	138
3. Des contenus variables	139
a. Sur la question des déplacements	140
b. Le temps de déplacement, temps de travail effectif ou non ?	142
c. La détermination du temps « normal » de trajet	149
d. Les autres aspects de la gestion du temps de travail	151
D. L'UN DES USAGES POSSIBLES DU REFERENDUM	152
1. La conjonction des temps	152
2. La mise à l'écart de la négociation collective en tant que processus, tant au niveau de la branche qu'au niveau de l'entreprise.	153
3. Des modèles adaptés par les TPE, mais dans des proportions minimales	154
IV. LES ACCORDS DES TPE DU TRANSPORT SANITAIRE : LA QUESTION DES HEURES D'EQUIVALENCE	155
A. DONNEES CONTEXTUELLES RELATIVE AU SECTEUR DU TRANSPORT SANITAIRE :	155
1. L'activité	155
2. L'emploi	156
B. LE DECOMPTE DU TEMPS DE TRAVAIL EFFECTIF	157
1. Le décompte du temps de travail effectif par l'accord-cadre du 4 mai 2000 (régime des équivalences)	157
a. L'encadrement du régime des équivalences en droit français	158
b. Le régime des équivalences dans le secteur du transport sanitaire	158
2. Le décompte du temps de travail effectif par l'accord-cadre du 16 juin 2016 (suppression du régime des équivalences)	159
a. Observations générales sur l'accord-cadre du 16 juin 2016.	159
b. Le champ d'application de l'accord-cadre du 16 juin 2016	161
c. Le calcul du temps de travail effectif	162
d. Un régime transitoire pour les services de permanence	164
C. ANALYSE DES ACCORDS	165
	197

1. Recensement des accords analysés (accords obtenus à la majorité des 2/3 des salariés)	165
2. Analyse des accords	166
3. Une nouvelle architecture des accords et une problématique professionnelle	168
V. LES ACCORDS DE PERFORMANCE COLLECTIVE DANS LES TPE/PME DE LA REGION AURA	171
A. CADRE METHODOLOGIQUE	171
1. Choix de l'angle	171
2. Les hypothèses et questionnements	172
3. Les données mobilisées	173
a. Analyse textuelle des accords	173
b. Analyse qualitative	174
B. LES APC : DES ACCORDS QUI PEUVENT EN CACHER D'AUTRES	175
1. Une large majorité d'accords centrés sur l'aménagement du temps de travail	175
2. D'une visée originelle d'augmentation du temps de travail à une mobilisation de l'outil pour diminuer le temps de travail en temps de crise sanitaire	177
3. Une évolution vers un meilleur équilibre des accords en faveur des salariés	179
C. DES ACCORDS FAIBLEMENT INVESTIS PAR LES ENJEUX DES REPRESENTANTS DU PERSONNEL ET/OU DES SALARIES	184
1. Des accords conclus mais des processus de négociation déficients	186
2. Des ressources inégalement mobilisées par les acteurs de la négociation	188
3. De faibles marges de manœuvre et un sentiment de trop forte responsabilité pour les élus	189
4. Conclusion : Une causalité entre la présence de contreparties pour les salariés et l'investissement du rôle de l' élu	192
TABLE DES MATIERES	194