

# Covid-19 : négocier un accord relatif au temps de travail

Afin de faire face aux conséquences économiques et sociales de la propagation du Covid-19, négocier un accord sur le temps de travail peut être nécessaire, notamment pour permettre à l'employeur de gérer une baisse d'activité en imposant la pose de jours de congé payé, comme le permet l'ordonnance n° 2020-323 du 25 mars 2020. Comment négocier un tel accord à distance ?

Avec qui ?  
Comment le signer ?

Réponses dans ce dossier réalisé par  
Bertrand Merville, avocat,  
La Garanderie Avocats

**L**a crise du Covid-19 affecte toutes les entreprises mais de manière différente. Il y a celles qui sont confrontées à une baisse d'activité, voire à un arrêt complet. Puis il y a celles qui peuvent ou qui doivent maintenir une production ou un service souvent qualifiés ou perçus comme essentiels pour le pays. Ces dernières font même parfois face à un surcroît d'activité.

Dans tous les cas de figure, le temps de travail est au carrefour de l'adaptation de leur organisation en cette période particulière, que ce soit sous l'angle de la durée du travail, en premier lieu, ou sur tout ce qui est en constitue les périphériques, en second lieu, à savoir notamment la question de la gestion des congés payés et des jours de réduction du temps de travail (JRTT).

On comprend bien l'enjeu pour l'entreprise de réfléchir à la gestion des congés payés, RTT, jours de repos et droits à un compte épargne-temps (CET) pour s'adapter aux besoins de l'activité. Quant aux salariés, l'intérêt peut être double : financier et ne pas perdre son emploi. Toutefois, comme nous le verrons ci-après, il ne faut pas négliger le fait que les salariés peuvent ressentir comme une injustice le fait de devoir prendre des congés pendant une période de confinement alors qu'ils ne peuvent pas pleinement en profiter.

## POUR ADAPTER LE TEMPS DE TRAVAIL EN PÉRIODE DE COVID-19, FAUT-IL PRIVILÉGIER LA VOIE DE LA NÉGOCIATION COLLECTIVE ?

De manière générale, il est recommandé de communiquer avec le corps social, et les

partenaires sociaux offrent un cadre idoine en ce sens. Cela est encore plus vrai en temps de crise. Il est donc opérationnellement **essentiel d'envisager avec** les instances de **représentation des salariés** (comité social et économique, mais également les délégués syndicaux), les **différentes options offertes** à l'entreprise et aux salariés pour surmonter les difficultés rencontrées.

**Pour autant**, cette approche ouverte du dialogue social ne doit **pas faire oublier** que l'**employeur** dispose, si nécessaire, de plusieurs leviers pour **adapter de manière unilatérale** le temps de travail dans l'entreprise.

Dans le contexte actuel, le premier de ces leviers auquel nombre d'entreprises ont déjà recouru concerne évidemment l'**activité partielle**, communément appelée « chômage partiel » (*v. encadré « Le recours à l'activité partielle est aménagé pendant la crise sanitaire liée au Covid-19 », page 2*). Juridiquement, il peut même être mis en œuvre sans impliquer en amont les partenaires sociaux puisqu'il n'y a **aucune obligation de négociation collective préalable** et que l'information consultation du CSE peut intervenir *a posteriori*, dans un délai maximum de deux mois à compter de la demande d'activité partielle déposée auprès des autorités publiques. Une telle situation apparaît exceptionnelle alors même que sont affectés des éléments aussi sensibles que la durée du travail, qui peut être réduite à néant, et la rémunération des salariés qui s'en trouve diminuée. Néanmoins, au-delà de la lettre des textes, il va de soi que les entreprises ont un **intérêt majeur à impliquer** les élus du personnel et les organisations syndicales **avant de**

décider de la **mise en œuvre** et des contours de l'**activité partielle**. En effet, les inquiétudes qui se développent en raison de la nature même de la crise et des incidences sur le déroulement de la relation de travail invitent à conserver un lien étroit et constant avec les partenaires sociaux, qui constituent l'un des principaux canaux de communication auprès des salariés. En outre, si l'entreprise écarte les représentants du personnel de sa réflexion, il est à prévoir notamment que le CSE mette plus de temps à rendre son avis.

Enfin, le « chômage partiel », en ce qu'il monopolise toutes les attentions, peut constituer l'arbre qui cache la forêt des **autres leviers possibles** en matière d'adaptation de la durée du travail.

Il est **nécessaire d'adopter une vue globale** de la situation pour utiliser tous les moyens à la disposition de l'entreprise pour gérer la crise et anticiper les conséquences de celle-ci lorsque le confinement prendra fin.

Or certains de ces moyens supposent la négociation d'accords collectifs. Il en va ainsi, par exemple, de la **gestion rapide des congés payés**, des dispositifs d'**aménagement** de la **durée du travail** permettant de faire varier cette durée selon les semaines ou mois de l'année, voire, pour les entreprises qui seraient en grand danger face aux pertes de chiffre d'affaires subies, des accords de performance collective (*C. trav., art. L. 2254-2*) qui permettent d'aménager la durée du travail et la rémunération en supplantant, si nécessaire, les contrats de travail. Si le gouvernement a élargi de manière temporaire les possibilités de négocier sur le temps de travail en raison de l'urgence, il reste évidemment possible de négocier, comme habituellement, sur tout ce qui se rapporte au temps de travail.

Dans tous cas, il est recommandé de négocier. Une bonne négociation lors de la sortie de crise se prépare aussi pendant la crise.

## LE RECOURS À L'ACTIVITÉ PARTIELLE EST AMÉNAGÉ PENDANT LA CRISE SANITAIRE LIÉE AU COVID-19

Le dispositif de l'activité partielle est l'outil central fourni aux entreprises confrontées à une réduction d'activité voire à une obligation de fermeture pure et simple de leurs établissements. Son régime a été sensiblement aménagé par le gouvernement au regard de l'urgence de la situation. C'est ainsi qu'un décret, n° 2020-325, a été pris le 25 mars 2020 afin notamment d'améliorer la prise en charge par l'État des allocations versées aux salariés par les entreprises et de simplifier les procédures. De même, l'ordonnance n° 2020-346 du 26 mars 2020 complète et étend le dispositif pour en faire bénéficier des employeurs jusqu'alors exclus, tels que notamment les particuliers employeurs. Il faut relever que l'article 6 de cette ordonnance dispose que « l'activité partielle s'impose au salarié protégé sans que l'employeur n'ait à recueillir son accord, dès lors qu'elle affecte tous les salariés de l'entreprise, de l'établissement, du service ou de l'atelier auquel est affecté ou rattaché l'intéressé. ». Il n'en demeure pas moins qu'il est de jurisprudence constante que la suspension du contrat de travail ne suspend pas le mandat.

Dans la période que nous traversons appelant à la responsabilité de tous, on peut légitimement souhaiter que certains ne seront pas tentés, de se servir de tous ces assouplissements aux seules fins de détourner le dispositif d'activité partielle.

## POUR IMPOSER LES CONGÉS PAYÉS, L'ENTREPRISE DOIT-ELLE CONCLURE UN ACCORD COLLECTIF ?

Si l'entreprise souhaite agir rapidement sur les congés payés, la réponse est clairement oui.

En **temps normal**, l'article L. 3141-16 du Code du travail prévoit :

– pour la **fixation des dates de congés**, un processus d'**information consultation préalable** du CSE pour définir la période de prise de congés et pour établir l'ordre de départ en congés qui doit prendre en considération, notamment, la situation de famille des salariés et les possibilités de congés de leur conjoint ou pacsé ; ce processus nécessite plusieurs semaines pour pouvoir être mené ;

– pour la **modification des dates de congés** qui ont été acceptés, le respect d'un délai de prévenance minimum d'un mois avant la date de départ prévue, sauf circonstances exceptionnelles.

Certaines conventions collectives prévoient des délais plus longs pour la communication des dates de congés ou leur modification.

Ce qui permet essentiellement l'**ordonnance n° 2020-323 du 25 mars 2020**, sous réserve de la conclusion d'un accord collectif de branche ou d'entreprise, c'est (*Ord., art. 1*) :

– d'**imposer la prise** de congés aux salariés, **ou la modification de dates déjà posées** ;

– **sans** mettre en œuvre la procédure d'**information consultation préalable** du CSE **ni** être obligé de **prendre en considération** les possibilités de congé du conjoint ou du pacsé du collaborateur, ni respecter les règles relatives au fractionnement ;

– le tout avec le respect d'un délai de **prévenance réduit** à sa plus simple expression puisqu'il peut être ramené à **un jour franc minimum**.

Cette possibilité est limitée dans la mesure où l'employeur ne peut dans ce cadre imposer que **six jours ouvrables maximum** de prise ou de modification des congés. Il est à noter que le report des congés payés ne peut aller au-delà de la période courant jusqu'au 31 décembre 2020

Enfin, les **jours imposés** doivent **nécessairement** avoir été **acquis**, « y compris avant l'ouverture de la période au cours de laquelle ils ont normalement vocation à être pris », est-il précisé.

Cela signifie, pour les entreprises qui n'ont pas modifié la période légale de prise des congés dans un autre accord collectif, que l'entreprise peut imposer la prise :

– non seulement des congés acquis du **1<sup>er</sup> juin 2018 au 31 mai 2019** qui n'auraient **pas encore** été soldés ;

– mais également ceux qui ont été **acquis depuis le 1<sup>er</sup> juin 2019**, alors même que la période de prise de ces jours s'ouvre en principe le 1<sup>er</sup> mai prochain.

Concrètement, cette mesure d'urgence pourrait permettre :

– aux **entreprises aujourd'hui en suractivité** (telles que, par exemple, les entreprises du secteur social et de la santé, fortement mises à contribution ; les industries produisant des gels hydroalcooliques, des masques ou des gants de protection) **de reporter à plus tard** la prise de **congés** des salariés pour faire face aux besoins ;

– aux **entreprises** qui, à l'inverse, sont en **sous-activité** voire **contraintes de fermer, d'apurer pour partie les congés payés** afin, d'une part, de limiter d'autant le recours à l'activité partielle qui pèsera lourdement sur les finances publiques et donc sur chacun de nous et,

d'autre part, de disposer du maximum de la force de travail disponible pour tenter de combler les pertes d'activité lorsque, comme nous l'espérons, l'activité reprendra, ceci au bénéfice de la préservation des emplois.

## LES RÈGLES AINSI EXPOSÉES POUR LES CONGÉS PAYÉS S'APPLIQUENT-ELLES ÉGALEMENT AUX JOURS DE REPOS ET DE JRTT ?

Le régime des RTT et des jours de repos des conventions de forfait est différent, à l'avantage de l'employeur. L'article 2 de l'ordonnance du 25 mars 2020 permet en effet à celui-ci, **unilatéralement**, si l'intérêt de l'entreprise le justifie eu égard aux difficultés économiques liées à la propagation du Covid-19, d'**imposer la prise de RTT** et de **jours de repos** ou de **modifier les dates déjà posées**. En ce cas, un délai de **prévenance d'au moins un jour franc est à respecter, et là encore la période ne peut s'étendre au-delà du 31 décembre 2020**.

Cette liberté laissée à l'employeur concerne aussi la possibilité d'imposer que les **droits affectés sur un CET** (compte épargne-temps) soient utilisés par la prise de jours de repos.

L'ensemble de ces **jours est limité** à un total de **dix**.

Il y a donc une nette différence de régime entre congés payés et jours de repos/RTT/CET car, pour ces derniers, l'employeur peut décider, sans le filet de l'accord collectif d'entreprise ou de branche.

En outre, pour appuyer cette « agilité » fournie à l'employeur, l'article 7 de l'ordonnance n° 2020-389 du 1<sup>er</sup> avril 2020 portant mesures d'urgence relatives aux instances représentatives du personnel est venue adapter les règles applicables en matière d'**information** et de **consultation** du CSE. En cette matière (jours de repos/RTT/CET), le droit commun de la consultation préalable du CSE, qui peut conduire au délai d'un mois pour rendre son avis, est mis de côté. Il suffit en effet d'informer le CSE **concomitamment** à la **mise en œuvre** d'une **mesure dérogatoire**, son avis pouvant être rendu dans un délai d'un mois à compter de cette information.

Si cela paraît **plus souple**, à première vue, il convient d'attirer l'**attention des employeurs** sur le fait que la pose de ces jours de repos suppose néanmoins d'être **en mesure de justifier** de l'intérêt de l'entreprise « eu égard aux **difficultés économiques** liées à la propagation du Covid-19 ». Ces dernières précisions, fréquemment omises dans la réflexion des entreprises, militeraient pour que le dialogue social s'empare rapidement de la gestion des congés et de repos, et débouche ainsi sur un accord global énonçant le contexte que traverse l'entreprise et sécurisant ainsi les mesures prises. Ces derniers jours, les premiers accords ont été conclus. Tous prennent soin de circonscrire l'état sanitaire et économique de l'entité et semblent ainsi répondre aux attentes du législateur. *Pour des exemples, voir l'accord Renault et celui de Bigard dans l'actualité n° 18036 du 6 avril 2020, ou encore celui d'Airbus dans l'actualité n° 18034 du 2 avril 2020.*

## ACTIVITÉ PARTIELLE, NÉGOCIER SUR LE TEMPS DE TRAVAIL, QUELLE OPTION CHOISIR ?

Pendant les périodes d'**activité partielle** (sauf à ce que l'entreprise relève d'un accord de branche lui imposant d'accorder une indemnisation complémentaire à celle

prévue par la loi, comme par exemple la convention collective des bureaux d'études ou celle de la métallurgie pour les salariés en forfait-jours, ou sauf à ce qu'elle décide unilatéralement de compléter l'indemnisation légale de ses collaborateurs), les **salariés peuvent subir une perte de rémunération significative**. En effet, l'indemnisation du chômage partiel s'élève à 70 % du salaire brut dans la limite de 4,5 fois le Smic, avec un minimum de 8,03 € de l'heure.

Ceci équivaut :

– pour la **majeure partie des salariés**, à 84 % de leur salaire net d'activité, ce qui représente tout de même une **perte de l'ordre de 16 %** (à l'exception des « bas salaire » ayant un revenu net proche du minimum de 8,03 € de l'heure) ;

– pour les **salariés** ayant une rémunération **supérieure à 4,5 fois le Smic**, à une **perte** qui peut être bien **plus importante** encore. À titre d'exemple indicatif, un collaborateur ayant une rémunération d'activité, certes confortable, de 7 500 € nets par mois, subira une perte de 40 %. Ses ressources mensuelles seront donc réduites de 3 000 € nets.

Or tous les jours de **congé ou repos pris** (de manière imposée ou volontaire) seront **rémunérés à 100 %** et permettront ainsi au collaborateur de ne pas subir de telles baisses de revenus.

Pour l'entreprise, en revanche, ce calcul est immédiatement moins séduisant. À titre d'illustration, prenons l'exemple d'un salarié à temps complet qui perçoit 2 000 € bruts, soit environ 1 560 € nets par mois :

– lorsque le salarié est en **activité partielle**, son **coût est entièrement pris en charge** et remboursé ; même si l'entreprise décidait de compléter ses revenus nets à 100 %, le coût résiduel à la charge de l'entreprise serait de l'ordre de 270 € pour un mois complet de « chômage partiel » ;

– si ce même salarié pose un mois de **congés payés** et de RTT, en lieu et place de l'activité partielle, le coût pour l'**entreprise** serait alors de l'ordre de 2 500 €, charges patronales comprises.

Cela étant, si l'entreprise voit partir ce salarié en congé après le confinement en le rémunérant à hauteur de 2 500 € bruts chargés, au moment même où elle aurait besoin de lui pour participer au redressement de la situation et générer du chiffre d'affaires, cela s'avérerait avoir été un mauvais calcul.

Ajoutons que le ministère du Travail n'a pas caché sa volonté d'opérer des contrôles *a posteriori* pour vérifier que l'activité partielle était bel et bien justifiée, dans son principe et dans son quantum. Nul doute que les employeurs qui auront fait tous leurs efforts pour limiter le recours à ce dispositif en utilisant les droits à congé, à RTT et à CET, bénéficieront d'un argument supplémentaire en cas de contrôle.

Enfin, sur un plan macroéconomique, plus la charge de l'activité partielle sera élevée pour les finances publiques, plus le coût devra plus tard être supporté par tous d'une manière ou d'une autre.

## L'ENTREPRISE PEUT-ELLE CONTINUER À NÉGOCIER DES AMÉNAGEMENTS « PLUS CLASSIQUES » SUR LE TEMPS DE TRAVAIL ?

Le cadre légal du temps de travail et ses périphériques comporte de nombreux aménagements qui ne peuvent être mis en place dans la durée que par le biais d'un accord collectif.

L'aménagement du temps de travail sur une période de référence supérieure à la semaine en est une bonne illustration.

Ce mécanisme, autrefois appelé « modulation » ou « annualisation », est prévu par l'article L. 3121-41 du Code du travail et permet de **faire varier le temps de travail d'un mois sur l'autre** par exemple, en fonction des hausses ou diminutions de la production. Le volume de travail fourni par les collaborateurs coïncide ainsi avec les besoins de la société **tout en lissant le plus souvent la rémunération au mois le mois**. Cet aménagement **nécessite**, en principe, un **accord collectif** d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, de branche.

À l'heure actuelle, certaines **entreprises, confrontées à une hausse de production générée par la crise sanitaire** (gel hydroalcoolique ou masques par exemple) apprécieraient un tel aménagement qui a le mérite de repousser le décompte des heures supplémentaires à l'issue de la période de référence déterminée par l'accord. Ceci laisse donc la faculté aux entreprises d'envisager de faire redescendre les compteurs d'heures des salariés lorsque la situation sera redevenue moins tendue, ce qui sera bénéfique pour la santé des collaborateurs qui auront été fortement mobilisés et pour lesquels il sera toujours possible d'octroyer des primes sans doute exonérées.

**À l'inverse**, nombreuses sont les **sociétés qui font face à une baisse de leurs commandes**. Si celles-ci étaient déjà dotées d'une « modulation », elles peuvent envisager de réduire sensiblement le nombre d'heures de travail pour les prochaines semaines afin de digérer les heures hautes réalisées durant les semaines précédant la crise, ou tout simplement anticiper un retour à une forte production, et donc à des horaires plus élevés, lors de la sortie de crise.

On le voit, **l'aménagement du temps de travail sur plusieurs mois**, qui appelle la négociation collective, **peut constituer une solution de gestion du temps de travail** durant et après la crise. Les sociétés qui ne sont pas dotées d'un tel outil peuvent naturellement proposer à leurs partenaires sociaux de négocier un tel accord collectif à mettre en place sous peu.

Cela invite à **trouver** évidemment des **leviers de négociation**. Le fait de prévoir dans l'accord le **lissage de la rémunération**, et donc permettre ainsi aux salariés de conserver 100 % de leur rémunération mensuelle pendant un temps de travail réduit n'est-il pas en soi convaincant ? Tout aussi pertinent est aussi sans doute le fait qu'au travers d'un tel aménagement, c'est bien **l'emploi** qui est au final **sauvegardé**.

En tout état de cause, au moment des pics de production, actuels ou, espérons-le, à venir, les durées maximales de travail sont à respecter.

#### **EN RAISON DE LA CRISE DU COVID-19, LES ENTREPRISES PEUVENT-ELLES EXCEPTIONNELLEMENT DÉROGER AUX DURÉES MAXIMALES DU TRAVAIL ?**

Le gouvernement a considéré que le cadre de certaines durées maximales n'était pas adapté à l'urgence de la situation dans quelques secteurs d'activité. Il est vrai, par exemple, que la dérogation aux dix heures quotidiennes maximales suppose, sauf exception, un avis préalable du CSE lorsqu'il existe et un délai de réponse de l'inspection du travail pouvant aller jusqu'à 15 jours (le silence valant alors acceptation). Ce délai d'attente

peut s'élever à 30 jours s'agissant du dépassement de la limite hebdomadaire de 48 heures ou de la durée moyenne de 44 heures. Ces procédures applicables en temps normal apparaissent comme un frein en temps de crise. C'est la raison pour laquelle l'article 6 de l'ordonnance n° 2020-323 du 25 mars 2020 instaure des **dérogations réservées aux « secteurs d'activités particulièrement nécessaires à la sécurité de la Nation et à la continuité de la vie économique et sociale »** et applicables **jusqu'au 31 décembre 2020**. Ces secteurs et les modalités seront définis par décret prochainement.

Pour ces secteurs, l'employeur pourra donc unilatéralement, par exemple, porter la durée quotidienne maximale de travail (*C. trav., art. L. 3121-18*) jusqu'à 12 heures ou étendre la durée hebdomadaire maximale (*C. trav., art. L. 3121-20*) jusqu'à soixante heures. La durée du repos quotidien (*C. trav., art. L. 3131-1*) pourra quant à elle être réduite jusqu'à neuf heures consécutives, sous réserve de l'attribution d'un repos compensateur égal à la durée du repos dont le salarié n'a pu bénéficier.

Ces souplesses accordent donc un pouvoir particulièrement étendu à l'employeur puisqu'elles peuvent être instaurées **en dehors de toute négociation collective**. Il suffit en effet à l'entreprise qui entend déroger d'**en informer sans délai** et par tout moyen le **comité social et économique** ainsi que le Direccte. L'avis du comité est rendu dans le délai d'un mois à compter de cette information. Il peut intervenir après que l'employeur a fait usage de l'une des dérogations (*Ord. n° 2020-323 du 25 mars 2020, art. 5 modifié*).

Une grande partie des **organisations syndicales, et même patronales, critique ces dispositions**. Certaines estiment en effet qu'il faudrait embaucher plutôt que de déroger aux durées maximales, argument parfois délicat à mettre en œuvre dans certains secteurs (la santé, par exemple) compte tenu évidemment de l'urgence et dans la mesure où la situation de l'emploi est déjà sous tension ou encore parce que l'anxiété face au virus freine l'envoi de curriculum vitæ.

Les syndicats soutiennent aussi que ces dérogations imposées reviendraient à mettre *de facto* à l'écart les partenaires sociaux alors qu'il est possible de négocier sur les maxima, et ils ajoutent que ces dérogations utilisées à plein génèrent un risque pour la santé au travail des salariés.

**Les employeurs doivent trouver le point d'équilibre** permettant de conjuguer mesures d'urgence, santé des collaborateurs et préservation du dialogue social. Par exemple, le corps social consentira sans doute plus aisément à une demande d'implication maximale si la négociation collective a conduit à instaurer des contreparties particulières en temps ou/et en argent. La **négociation demeure** aussi, et sans doute, le **meilleur levier** pour éviter une hausse soudaine de l'absentéisme.

#### **QU'EN EST-IL DES ENTREPRISES APPARTENANT AUX SECTEURS NON NÉCESSAIRES À LA SÉCURITÉ DE LA NATION ET À LA CONTINUITÉ DE LA VIE ÉCONOMIQUE ET SOCIALE ?**

Pour ces entreprises, il y a lieu de faire appel aux **dispositions « classiques »** du Code du travail, qui permettent aux employeurs, sous certaines conditions, de dépasser les différentes durées maximales comme suit :

– si la **durée quotidienne** du travail effectif est en principe limitée à 10 heures (*C. trav., art. L. 3121-18*), des **dépas-**

sements peuvent être autorisés par l'inspection du travail, après avis du CSE, en cas de surcroît temporaire d'activité (par exemple, des commandes urgentes ou des travaux impliquant une activité accrue pendant certaines périodes) ;

– la **limite maximale de 48 heures** de travail sur une même semaine peut être portée jusqu'à 60 heures pendant une période limitée en cas de circonstances exceptionnelles entraînant un surcroît extraordinaire de travail (*C. trav., art. L. 3121-21*) ;

– la **durée moyenne de 44 heures de travail** calculée sur 12 semaines consécutives (*C. trav., art. L. 3121-20*) peut aussi être **déplafonnée** pour une durée limitée par la Direccte.

Ces **dérogations unilatérales** sont **exceptionnelles** et finalement assez longues du fait du passage en CSE, qui peut aller jusqu'à un mois, et des délais administratifs, à supposer que ceux-ci ne soient pas considérés comme suspendus durant la période d'urgence. C'est la raison pour laquelle la **négociation collective a toute sa place** en ce domaine.

L'article L. 3121-19 du Code du travail autorise ainsi un **accord** d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, un accord de branche, de prévoir le **dépassement** de la **durée maximale quotidienne de travail effectif**, en cas d'**activité accrue** ou pour des motifs liés à l'**organisation** de l'**entreprise**, à condition que ce dépassement ne porte pas cette durée à plus de douze heures par jour. Les entreprises intéressées par ces dérogations et qui ne seraient pas dotées d'un tel accord sont invitées à vérifier leur convention de branche. Nombreuses sont en effet les conventions collectives qui comportent des dispositions particulières dont peuvent se saisir les entreprises (par exemple, le secteur d'activité d'organisation des foires, les salons et congrès, la métallurgie, la chimie, la boulangerie-pâtisserie industrielle, etc.). À défaut de stipulations de branche, il est encore temps pour les entreprises de se mettre à négocier de telles stipulations afin de les aider à faire face à certains surcroûts de production.

L'accord collectif peut tout autant porter la **durée moyenne hebdomadaire à 46 heures sur 12 semaines** (*C. trav., art. L. 3121-23*).

Le chapitre des durées maximales illustre à sa façon la marge laissée à l'employeur sous contrôle de l'administration et des délais afférents, ou la faculté pour lui de fluidifier ces dérogations par le biais d'un accord collectif conclu avec ses partenaires sociaux.

## AVEC QUI NÉGOCIER UN ACCORD COLLECTIF ?

Les modalités de la négociation collective varient en fonction des entreprises.

### ■ Les entreprises dotées de délégués syndicaux

La négociation collective suppose au moins deux parties : celle qui représente l'employeur et celle qui représente les salariés. Ces derniers sont, en principe, représentés par des **délégués syndicaux** qui négocient les accords d'entreprise. Nous trouvons de tels délégués, issus des syndicats représentatifs, le plus souvent dans les entités composées d'au moins 50 salariés dans lesquelles sont constituées des sections syndicales.

Dans ces entreprises, les règles sont assez simples :

– sont seuls habilités à négocier et conclure des conventions ou accords collectifs avec l'employeur les **délégués syndicaux** désignés par les syndicats représentatifs ;

– l'**accord collectif** prend force obligatoire s'il est signé par un ou plusieurs syndicats représentatifs ayant recueilli plus de **50 % des suffrages exprimés** en leur faveur au premier tour des dernières élections des titulaires au comité social et économique. Si l'accord collectif est signé par des syndicats représentatifs qui, sans dépasser 50 % ont recueilli plus de **30 % des suffrages exprimés** en faveur des syndicats représentatifs, l'accord peut être approuvé par **référendum** par les salariés à la majorité des suffrages exprimés. Cette procédure référendaire, minutieusement décrite par les articles L. 2232-12 et D. 2232-6 du Code du travail, implique cependant le respect de **délais qui pourraient être incompatibles avec** la mise en œuvre rapide de mesures d'urgence.

### ■ Celles n'en disposant pas

La négociation collective est accessible en l'absence de délégués syndicaux. C'est heureux car beaucoup de sociétés, souvent les plus petites, n'ont pas en leur sein de délégués syndicaux. Les règles de la négociation d'un accord collectif en l'absence de délégué syndical dépendent de l'effectif de l'entreprise. Il convient de bien segmenter les différents cas de figure. L'examen de chaque situation conduit à observer que toutes les entreprises peuvent au final envisager la négociation collective. Plus complexe se présente toutefois l'articulation des délais prévus avec l'urgence résultant parfois de la crise du Covid-19.

#### Cas de figure 1 : les entreprises de moins de 11 salariés ou de 11 à 20 salariés sans élu (PV de carence obligatoire)

Dans ces entreprises, l'employeur peut **proposer directement aux salariés un projet d'accord** sur l'ensemble des thèmes ouverts à la négociation collective d'entreprise au rang desquels figurent la durée et l'aménagement du temps de travail.

C'est l'**employeur** qui **définit les modalités** d'organisation de la **consultation**, étant précisé qu'il doit s'assurer du caractère personnel et secret de la consultation et que celle-ci doit se dérouler en son absence.

De même, l'employeur doit laisser un délai minimum de 15 jours à compter de la communication à chaque salarié des modalités de la consultation et du projet d'accord.

Le **projet** doit être approuvé à la **majorité des deux tiers du personnel consulté** par référendum pour être valable. À défaut, il est réputé non écrit.

Le résultat de la consultation doit faire l'objet d'un procès-verbal annexé à l'accord lors du dépôt de ce dernier (*C. trav., art. L. 2232-21 et s.*).

#### Cas de figure 2 : les entreprises de 11 à 49 salariés

Dans les entreprises de 11 à 49 salariés, l'accord d'entreprise peut être négocié et conclu selon deux voies alternatives (*C. trav., art. L. 2232-23-1 et s.*) :

– soit avec **un ou plusieurs élus** titulaires au CSE, **mandatés ou non**. Pour que l'accord soit valable, les élus signataires doivent représenter la majorité des suffrages exprimés en faveur des membres du CSE lors des dernières élections professionnelles ;

– soit avec un ou plusieurs **salariés non élus** mais **mandatés** par un ou plusieurs syndicats représentatifs dans la branche dont relève l'entreprise ou, à défaut, au niveau national et interprofessionnel. Dans ce cas, l'accord doit, pour être valide, être approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés. À défaut, il est réputé non écrit. Ce référendum doit être organisé



dans un délai de deux mois à compter de la conclusion de l'accord. Les modalités de la consultation sont fixées unilatéralement par l'employeur après consultation préalable du ou des salariés mandatés. Les salariés doivent être informés au plus tard 15 jours avant la tenue du référendum du lieu, de la date et de l'heure de celui-ci, des modalités d'organisation et de déroulement du vote, du contenu de l'accord et du texte de la question soumise à leur vote (*C. trav., art. D. 2232-8*). Le résultat de la consultation doit faire l'objet d'un procès-verbal annexé à l'accord lors du dépôt de ce dernier.

### Cas de figure 3 : les entreprises d'au moins 50 salariés

Deux hypothèses se présentent pour ces entreprises :

#### > *L'entreprise dispose d'un CSE*

L'employeur doit faire connaître son intention de négocier aux organisations syndicales représentatives dans la branche dont relève l'entreprise ou, à défaut, les organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel et aux membres de la délégation du personnel du comité social et économique par tout moyen permettant de lui conférer une date certaine (*C. trav., art. L. 2232-24*).

Les élus qui souhaitent négocier le font savoir dans un délai d'un mois et indiquent, le cas échéant, s'ils sont mandatés par une organisation syndicale.

À l'issue de ce délai :

– **soit un ou des élus ont été mandaté(e)s par une ou des organisations syndicales.** La négociation doit s'engager avec ces élus mandatés. Pour être valide, l'accord devra ensuite être approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés dans un délai de deux mois à compter de sa conclusion. Les modalités de la consultation sont fixées unilatéralement par l'employeur après consultation préalable du ou des salariés mandatés. Les salariés doivent être informés au plus tard 15 jours avant la tenue du référendum du lieu, de la date et de l'heure de celui-ci, des modalités d'organisation et de déroulement du vote, du contenu de l'accord et du texte de la question soumise à leur vote (*C. trav., art. D. 2232-8*). Le résultat de la consultation doit faire l'objet d'un procès-verbal annexé à l'accord lors du dépôt de ce dernier. Ces accords peuvent porter sur tous les thèmes pouvant être négociés par accord d'entreprise ;

– **soit aucun élu n'a été mandaté** et la négociation s'engage avec les membres **titulaires du CSE**. La validité de l'accord est subordonnée à sa signature par les élus titulaires représentant la majorité des suffrages exprimés en faveur des membres du CSE lors des dernières élections professionnelles. Un tel accord ne peut porter que sur des mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif, ce qui est le cas des principaux aménagements relatifs au temps de travail.

#### > *2<sup>e</sup> hypothèse : l'entreprise ne dispose pas de CSE ou aucun membre du CSE n'a manifesté son souhait de négocier*

Selon l'article L. 2232-26 du Code du travail, un accord collectif peut être négocié et conclu par un ou plusieurs **salariés expressément mandatés** par un ou plusieurs syndicats représentatifs dans la **branche** ou, à défaut, au niveau **national et interprofessionnel** dans l'entreprise, dès lors que :

– aucun élu mandaté ou non n'a manifesté son intention de négocier ;

– ou si un procès-verbal a établi la carence des représentants élus du personnel.

Cet accord doit être approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés, suivant la procédure exposée ci-avant.

## EN PRATIQUE, COMMENT NÉGOCIER UN ACCORD COLLECTIF EN PÉRIODE DE CONFINEMENT ?

La période sanitaire que nous rencontrons rend évidemment plus malaisées les réunions de négociation habituelles, dites « en présentiel ». C'est dans ces conditions que le ministère du Travail a d'ailleurs recommandé aux entreprises d'organiser les **réunions de négociation collective à distance** (*Questions-réponses du ministère du Travail sur le coronavirus pour les entreprises et les salariés, mis à jour le 4 avril 2020*).

Par dérogation au Code du travail, l'employeur peut réunir le comité social et économique, le CSE central ou une autre instance représentative du personnel prévue par le Code du travail en recourant à (*Ord. n° 2020-389 du 1<sup>er</sup> avril 2020, art. 6*) :

– la visioconférence ;

– la conférence téléphonique (audioconférence), dans les conditions que fixera un décret à paraître ;

– ou à une messagerie instantanée, dans les conditions qui seront fixées par un décret à paraître, en cas d'impossibilité de recourir à la visioconférence ou à la conférence téléphonique, ou lorsqu'un accord d'entreprise le prévoit. « L'employeur ne peut avoir recours au dispositif de messagerie instantanée que de manière subsidiaire, en cas d'impossibilité d'organiser la réunion par visioconférence ou conférence téléphonique », insiste le rapport au président de la République relatif à l'ordonnance.

Dans tous les cas, l'employeur doit préalablement informer les membres de l'instance de ces modalités.

Cette mesure est applicable aux réunions convoquées pendant la période de l'état d'urgence sanitaire.

La limite de trois réunions en visioconférence par année civile prévue, à défaut d'accord, par les articles L. 2315-4 (pour le CSE) et L. 2316-16 (pour le CSE central) du Code du travail ne s'applique qu'aux réunions organisées en dehors de la période de l'état d'urgence sanitaire.

## UNE FOIS LA NÉGOCIATION ACHÉVÉE, COMMENT SIGNER L'ACCORD COLLECTIF QUI EN DÉCOULE ?

Les règles de confinement ne font pas non plus obstacle à la signature de l'accord négocié.

Très souvent en cette période, les partenaires utilisent l'**envoi par mail, courrier ou porteur**, des exemplaires pour que chaque signataire les paraphrase et les signe. Le ministère du Travail précise dans son questions-réponses que, s'il est préférable que les **signatures** de l'ensemble des parties figurent **sur le même exemplaire**, compte tenu des circonstances exceptionnelles, **l'accord peut être constitué** de l'ensemble des exemplaires signés par chaque partie. Les accords d'entreprise ainsi signés pourront être déposés **via** la téléprocédure, à condition de regrouper l'ensemble des exemplaires signés en un seul fichier PDF.

Se développe par ailleurs la **signature par voie électronique**. Depuis la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000, la signature électronique dispose de la même force probante que la signature manuscrite. L'article 1367 du Code Civil prévoit ainsi que la signature électronique est une preuve littérale au même titre qu'une signature manuscrite. Il convient cependant de différencier la fiabilité de la signature électronique selon le procédé technique utilisé. En ce sens, si certaines entreprises se contentent de scanner une signature manuscrite avant de l'apposer sur un document et d'envoyer le tout par courriel, cette

méthode ne permet pas d'identifier le signataire de manière univoque et n'offre qu'un faible niveau de sécurité. À ce titre, elle pourrait donc être sujette à caution. En effet, seule la signature dite « avancée » ou « qualifiée » et réalisée par un prestataire de services de certification électronique bénéficie d'une présomption de fiabilité. Selon le règlement européen eIDAS n° 910/2014 du 23 juillet 2014, la signature électronique « avancée » doit répondre aux critères suivants :

- être liée au signataire de manière univoque ;
- permettre d'identifier le signataire ;
- avoir été créée à l'aide de données de création de signature électronique que le signataire peut, avec un niveau de confiance élevé, utiliser sous son contrôle exclusif ;
- être liée aux données associées à cette signature de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable.

En pratique, ce procédé, qui autorise d'ailleurs à régulariser un certain nombre de documents (embauche, procédure disciplinaire, note de service etc.), permet de signer des accords collectifs à distance, et ce quel que soit le niveau de négociation (branche ou entreprise). Cette modalité est particulièrement bienvenue dans un contexte où le dialogue social est encouragé voire indispensable pour mettre en place certains aménagements du temps de travail (notamment, pour imposer la prise de congés payés). De nombreux prestataires en ligne proposent un service payant de signature électronique avancée (entre 20 et 50 € par utilisateur et par mois). Enfin, la signature « qualifiée » qui repose sur un certificat qualifié de signature électronique est plus contraignante et souvent réservée à certains actes très particuliers (actes authentiques, actes avec des organismes publics, etc.).

## EN CONCLUSION, LA NÉGOCIATION SUR LE TEMPS DE TRAVAIL EN CETTE PÉRIODE DE CRISE EST-ELLE À RECOMMANDER AUX ENTREPRISES ?

De manière générale, le thème de la durée du travail, et plus particulièrement celui des congés payés, est toujours sensible dans l'entreprise. La négociation collective, en période plus calme, est souvent longue sur ce sujet et conduit souvent à des contreparties.

Le contexte du Covid-19 ne se prête donc pas *a priori* à la négociation collective sur le temps de travail et ses périphériques, surtout lorsque l'on observe qu'existent des dispositions qui permettent aux entreprises de prendre des décisions sans accord collectif.

Pourtant, il n'est pas contestable que la négociation collective permette d'aller plus loin dans les dérogations (par exemple, les congés payés) et l'adaptation de l'entreprise à cette période bien singulière.

La crise du Covid-19 est aussi l'**occasion de renforcer le dialogue social**. Si celui-ci est régulièrement présenté comme un levier de performance, il devient aussi désormais un formidable outil de résilience. La négociation collective en cette période permet en effet d'associer de près les partenaires sociaux et donc les salariés à la situation délicate et aux enjeux que rencontre la société. Faire vivre le dialogue social durant cette crise, tant pour amortir une situation dégradée que, le cas échéant, pour récompenser des engagements soutenus, c'est mettre les parties intégrantes de l'entreprise dans les meilleures dispositions pour l'avenir.



28<sup>e</sup> édition

*Tout savoir sur la relation individuelle et les rapports collectifs de travail*

Dans un style vivant, avec de multiples exemples concrets, l'auteur vous invite à suivre la vie professionnelle d'un salarié.

Accessible au non-spécialiste, cette 28<sup>e</sup> édition intègre les changements liés à la disparition au 1<sup>er</sup> janvier 2020 des délégués du personnel et du comité d'entreprise au profit du «comité social et économique» mais également les modifications issues de la loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel du 5 septembre 2018, et de la loi Pacte du 22 mai 2019.

Vous retrouverez également tous les bouleversements impactant le Code du travail (accord d'entreprise sur la branche, motif économique de licenciement, télétravail...) ainsi que les évolutions jurisprudentielles les plus récentes.



L'auteur : Jean-Emmanuel Ray, professeur à l'École de Droit de Paris I - Sorbonne et à Sciences Po Paris

**BON DE COMMANDE**

À retourner à l'adresse suivante :  
Wolters Kluwer France - Service clients - Case postale 402 - 14, rue Fructidor  
75814 Paris cedex 17 - contact@wklfr



COMMANDEZ EN LIGNE  
www.wklfr

002797004

**Oui**, je commande le **Droit du travail, droit vivant 2020**  
(Ref. 48144) au prix de 42,01 € TTC (frais de port inclus)\*

Merci de compléter vos coordonnées :

Mme  M.

Nom : ..... Prénom : .....

Fonction : ..... Service : .....

Raison sociale : .....

Adresse : .....

Code postal : ..... Ville : .....

Téléphone : .....

Mobile : .....

E-mail : .....

N° Siret : .....

Code NAF : .....  Siège  Établissement

Nombre de salariés à mon adresse : .....

Je règle par virement sur le compte de Wolters Kluwer France,  
IBAN : FR76 30003 03620 00020142228 17 / BIC : SOGEFRPP.  
Et je recevrai une facture acquittée.

Je règle directement en ligne, en me connectant à wklfr/DTDV.

Je suis déjà client, je peux régler à réception de facture.

\*Frais de port pour toute livraison en France métropolitaine, à Monaco et en Corse : 0,01 € TTC par exemplaire commandé (déjà intégrés dans le prix de la version papier). Pour l'Europe et les DOM-COM : une majoration de 10 % du montant HT de l'abonnement et pour les autres pays, une majoration de 20 % du montant HT de l'abonnement. Les tarifs indiqués sont valables au 01/01/2019 sous réserve d'une modification du taux de TVA applicable au moment de la commande.

En complétant ce bon de commande, vous acceptez que Wolters Kluwer France, responsable de traitement, traite vos données personnelles à des fins de création et de gestion de votre compte abonné. Pour plus d'informations sur vos données et vos droits, merci de consulter notre politique de confidentialité sur notre site : www.wklfr/donnees-personnelles

Vous êtes susceptible de recevoir des offres de Wolters Kluwer France :

En cochant cette case, je m'oppose à recevoir par courrier électronique des offres commerciales et des informations personnalisées.

En cochant cette case, j'accepte de recevoir par SMS des offres commerciales et des informations personnalisées.

Date :

Signature et cachet :

La signature de ce bon de commande emporte acceptation des conditions générales de vente consultables sur www.wklfr