



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

16 avril 2018

Pièce n°4

**Confédération générale du travail (CGT) et Confédération française de
l'encadrement-CGC (CFE-CGC) c. France**
Réclamation n° 149/2017

**NOUVELLE REPLIQUE DU GOUVERNEMENT
SUR LE BIEN-FONDE**

Enregistrée au secrétariat le 6 avril 2018

OBSERVATIONS EN DUPLIQUE DU GOUVERNEMENT
DE LA REPUBLIQUE FRANCAISE
SUR LE BIEN-FONDE DE LA RECLAMATION n° 149/2017
CGT et CFE-CGC c. FRANCE

1. Par un courrier en date du 7 avril 2017, le Comité européen des droits sociaux (ci-après le « Comité ») a communiqué au Gouvernement français la réclamation présentée le 4 avril 2017 par la Confédération générale du travail (ci-après la « CGT ») et la Confédération française de l'encadrement-CGC (ci-après la « CFE-CGC »), tendant à ce que le Comité déclare que la situation de la France constitue une violation des articles 2 §§ 1 et 5 et 4 § 2 de la Charte sociale européenne révisée (ci-après « la Charte »).
2. Le 12 septembre 2017, le Comité a déclaré recevable la réclamation susmentionnée.
3. Le 15 décembre 2017, le Gouvernement a présenté ses observations initiales sur le bien-fondé de cette réclamation.
4. Par courrier en date du 23 février 2018, le Comité a communiqué au Gouvernement les observations en réplique des organisations réclamantes.
5. Le Gouvernement français a l'honneur de présenter au Comité les observations en duplique qui suivent.

❧ ❧ ❧

I. S'agissant de la législation sur l'astreinte

a) Sur l'absence de violation de l'article 2 § 1 de la Charte

6. Dans leurs observations en réplique, la CGT et la CFE-CGC affirment que la législation française en matière d'astreinte serait particulièrement « permissive puisque la mise en place de l'astreinte procède soit d'un accord entre l'employeur et les protagonistes sociaux (sans accord du salarié concerné), soit de la seule volonté de l'employeur, mais cette fois avec l'accord du salarié concerné » (§ 5 des observations en réplique de la CGT et de la CFE-CGC).
7. A cet égard, le Gouvernement tient à rappeler que la mise en place de l'astreinte résulte non pas d'un simple accord entre l'employeur et les « protagonistes sociaux » mais d'un accord collectif dont la validité est subordonnée à sa signature par, d'une part, l'employeur ou son représentant et, d'autre part, une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants.
8. Ainsi, contrairement à ce que soutiennent les organisations réclamantes, la mise en place de l'astreinte est particulièrement encadrée par la législation française.

9. Le Gouvernement s'en rapporte pour le surplus à ses observations initiales du 15 décembre 2017 et réaffirme que l'astreinte ne peut être qualifiée d'atteinte à la durée raisonnable de travail garantie par l'article 2 § 1 de la Charte dans la mesure où elle est strictement encadrée par la loi, fait l'objet d'une compensation financière ou en temps de repos et n'est, par conséquent, pas assimilée à un temps de repos comme les autres.

b) Sur l'absence de violation de l'article 2 § 5 de la Charte

10. Dans ses observations initiales, le Gouvernement a rappelé que la mise en place d'astreintes le dimanche n'est possible que dans un cadre strictement limité : soit en cas de travaux urgents justifiés par des mesures de sauvetage ou pour prévenir des accidents (article L. 3132-4 du code du travail), soit en cas de recours par l'entreprise à une dérogation au repos dominical (article L. 3132-12 et suivants du code du travail).

11. Dans leurs observations en réplique, la CGT et la CFE-CGC allèguent que les articles L. 3132-4 du code du travail relatif aux travaux urgents et L. 3132-12 et suivants relatifs aux dérogations au repos dominical « ne sont pas appliqués lorsque des astreintes sont mises en place » au motif qu'ils ne concernent pas spécifiquement les astreintes. Au soutien de cette allégation, les organisations réclamantes invoquent le fait que les dispositions relatives au repos hebdomadaire et dominical ne sont pas situées dans le même « Titre » du code du travail que la législation sur l'astreinte.

12. Or il ne peut être raisonnablement soutenu que les dispositions relatives aux repos hebdomadaire et dominical ne trouveraient pas à s'appliquer au régime des astreintes au motif qu'elles se situeraient dans un titre différent.

13. En effet, le Gouvernement relève que l'article L. 3111-1 du code du travail relatif au champ d'application du Livre Ier : Durée du travail, repos et congés du code du travail, prévoit que : « Les dispositions du présent livre sont applicables aux employeurs de droit privé ainsi qu'à leurs salariés. / Elles sont également applicables aux établissements publics à caractère industriel et commercial. »

14. Par ailleurs, le Gouvernement note que lorsque le législateur a l'intention d'exclure l'application de dispositions à certaines situations, il le prévoit explicitement. Ainsi, l'article L. 3121-62 du code de travail dispose que les salariés ayant conclu une convention de forfait en jours ne sont pas soumis aux dispositions relatives aux durées quotidienne et hebdomadaire maximales de travail.

15. En l'espèce, le Gouvernement constate que le législateur n'a pas prévu de telles exclusions s'agissant des dispositions relatives aux repos hebdomadaires et dominical et aux astreintes.

16. Le Gouvernement s'en rapporte pour le surplus à ses observations initiales du 15 décembre 2017 et réaffirme que la législation interne, qui érige en principe le repos dominical et encadre strictement les exceptions permettant un recours à l'astreinte le dimanche, est conforme aux exigences découlant de l'article 2 § 5 de la Charte.

II. S'agissant de la législation sur le forfait en jours

17. Dans ses observations initiales, le Gouvernement a rappelé la législation applicable au forfait en jours et présenté notamment le renforcement du cadre juridique s'agissant des salariés éligibles à ce dispositif introduit par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (§§ 58 à 63 des observations initiales du Gouvernement).
18. Dans leurs observations en réplique, la CGT et la CFE-CGC estiment que le nouvel article L. 3121-61 du code du travail, issu de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, n'a en rien renforcé le cadre juridique du forfait en jours et font valoir que le dispositif du forfait en jours a déjà été déclaré non conforme à la Charte par le Comité.
19. A titre liminaire, le Gouvernement entend souligner que dans ses précédentes décisions relatives au dispositif français du forfait en jours citées par les organisations réclamantes, le Comité n'a pas constaté la non-conformité de ce dispositif au motif que la définition des salariés éligibles n'aurait pas été assez précise.
20. A cet égard, le Gouvernement rappelle que le Comité affirme régulièrement que les mesures de flexibilité du temps de travail ne sont pas, en tant que telles, contraires à la Charte révisée. Elles doivent, pour être jugées conformes à la Charte, répondre à trois critères : empêcher que la durée de travail journalière ou hebdomadaire ne soit déraisonnable ; être établies par un cadre juridique prévoyant des garanties suffisantes ; prévoir des périodes de référence d'une durée raisonnable pour le calcul de la durée moyenne de travail.
21. Par ailleurs, sans reprendre l'intégralité des arguments développés dans ses observations initiales, le Gouvernement ajoute, pour illustrer son propos sur le renforcement du contrôle de la définition des salariés éligibles, que dans le cadre de la procédure d'extension des accords de branche¹ et depuis l'entrée en vigueur de la loi précitée, plus de 60 % des accords de branche instaurant un forfait en jours ont été considérés par le Ministre chargé du travail comme insuffisamment précis quant aux salariés éligibles, sur la base de la nouvelle rédaction du 1° du I de l'article L. 3121-64. Le Ministre chargé du travail a alors exigé qu'ils soient complétés par un accord d'entreprise pour pouvoir être applicables.
22. A ce titre, et contrairement à ce qu'affirment les organisations réclamantes (§ 20 des observations en réplique de la CGT et de la CFE-CGC), le Gouvernement précise que lorsqu'un accord de branche est étendu « sous réserve d'être complété par un accord d'entreprise », cela signifie que l'employeur ne peut conclure aucune convention individuelle sur son fondement tant qu'il ne négocie pas à son niveau un accord d'entreprise, ou tant que la branche ne modifie pas son accord.
23. Ainsi, il résulte de ce qui précède qu'il existe un véritable contrôle du périmètre des salariés éligibles au dispositif du forfait en jours, renforcé depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016.

¹ La procédure d'extension consiste à rendre applicable, par arrêté ministériel pris après avis motivé de la Commission nationale de la négociation collective, une convention ou un accord collectif à tous les salariés et employeurs compris dans son champ d'application. La convention ou l'accord étendu s'applique ainsi aux entreprises qui ne sont pas adhérentes à l'une des organisations signataires.

a) Sur l'absence de violation de l'article 2 § 1 de la Charte

i. Concernant les durées journalière et hebdomadaire de travail

24. Dans leurs observations en réplique, les organisations réclamantes affirment que les garanties portant sur le contrôle régulier de la charge de travail qui sont prévues par la législation ne sont pas effectives et que des conventions de forfait en jours ne les respectant pas restent malgré tout licites.

25. Or le Gouvernement entend démontrer que cette affirmation est erronée.

26. En effet, comme expliqué aux paragraphes 103 à 106 de ses observations initiales, le Gouvernement rappelle qu'à défaut d'accord collectif comprenant les nouvelles clauses obligatoires, l'employeur doit respecter le dispositif supplétif de surveillance de la charge de travail prévu à l'article L. 3121-65 du code du travail, et qu'il demeure en outre garant d'une charge de travail raisonnable et bien répartie dans le temps (principe d'ordre public prévu à l'article L. 3121-60). Si tel n'est pas le cas, la convention individuelle de forfait n'est pas licite et le salarié peut la contester devant le juge du contrat qui en constatera la nullité et imposera un décompte horaire du temps de travail.

ii. Concernant les garanties offertes par le cadre juridique

α- Sur les clauses obligatoires de l'accord collectif encadrant le forfait en jours

- Sur le contrôle des accords d'entreprise en matière de forfait en jours

27. Dans leurs observations en réplique, la CGT et la CFE-CGC rappellent la primauté accordée à l'accord d'entreprise sur l'accord de branche en matière de forfait en jours et soulignent que les accords d'entreprise, appelés à devenir la première source des conventions individuelles de forfait, ne font l'objet d'aucun contrôle ou d'aucune validation de l'administration de travail a priori (§ 20-a des observations en réplique de la CGT et de la CFE-CGC).

28. En premier lieu, le Gouvernement fait valoir que le Comité n'impose nullement qu'un accord collectif fasse l'objet d'un contrôle a priori par l'administration du travail.

29. En second lieu, le Gouvernement précise que l'accord d'entreprise n'est pas pour autant exempt de contrôle, qu'il s'agisse de celui des partenaires sociaux dans le cadre de sa négociation, des salariés eux-mêmes dans son application effective, de l'inspecteur du travail dans le cadre de son activité de contrôle et bien entendu, *in fine*, du juge du contrat.

- Sur le dispositif supplétif de surveillance de la charge de travail

30. Dans leurs observations en réplique, la CGT et la CFE-CGC soutiennent que le dispositif supplétif de surveillance de la charge de travail prévu à l'article L. 3121-65 du code du travail² est insuffisant au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation.
31. Or le législateur français s'est précisément appuyé sur cette jurisprudence pour bâtir ce dispositif supplétif, à commencer par l'arrêt de principe de la Cour de cassation du 29 juin 2011 (n° 09-71.107 – Pièce jointe n° 9 aux observations initiales du Gouvernement), mais également deux autres arrêts de la même juridiction des 2 juillet 2014 (n° 13-19.990 – Pièce jointe n° 15) et 17 décembre 2014 (n° 13-22.890 – Pièce jointe n° 16).
32. Dans ces trois arrêts, la Cour de cassation a jugé que les stipulations relatives au forfait en jours contenues dans les conventions collectives des branches de la métallurgie, du commerce et de la réparation automobile, et de la banque, étaient de nature à assurer la protection de la sécurité et de la santé des salariés.
33. Les conventions collectives examinées par la Cour de cassation dans ces trois décisions prévoyaient trois obligations à la charge de l'employeur : établir un document de contrôle faisant apparaître le nombre et la date des journées ou demi-journées travaillées, ainsi que le positionnement et la qualification des jours de repos (document pouvant être tenu par le salarié sous la responsabilité de l'employeur) ; assurer un suivi de l'organisation du travail et de la charge de travail ; s'entretenir une fois par an avec le salarié pour évoquer l'organisation, la charge de travail et l'amplitude de travail qui doivent rester raisonnables.
34. Ces obligations sont toutes reprises par l'article L. 3121-65 du code du travail, qui rappelle en outre l'obligation de l'employeur de veiller au respect des temps de repos quotidien et hebdomadaire et ajoute le respect du droit du salarié à la déconnexion.
35. Par ailleurs, le Gouvernement précise que le principe d'une charge de travail raisonnable et bien répartie dans le temps figure quant à lui dans les dispositions d'ordre public (article L. 3121-60 du code du travail).

² Pour mémoire, l'**article L. 3121-65 du code du travail** dispose que :

« I.-A défaut de stipulations conventionnelles prévues aux 1° et 2° du II de l'article L. 3121-64, une convention individuelle de forfait en jours peut être valablement conclue sous réserve du respect des dispositions suivantes :

1° L'employeur établit un document de contrôle faisant apparaître le nombre et la date des journées ou demi-journées travaillées. Sous la responsabilité de l'employeur, ce document peut être renseigné par le salarié ;

2° L'employeur s'assure que la charge de travail du salarié est compatible avec le respect des temps de repos quotidiens et hebdomadaires ;

3° L'employeur organise une fois par an un entretien avec le salarié pour évoquer sa charge de travail, qui doit être raisonnable, l'organisation de son travail, l'articulation entre son activité professionnelle et sa vie personnelle ainsi que sa rémunération.

II.-A défaut de stipulations conventionnelles prévues au 3° du II de l'article L. 3121-64, les modalités d'exercice par le salarié de son droit à la déconnexion sont définies par l'employeur et communiquées par tout moyen aux salariés concernés. Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, ces modalités sont conformes à la charte mentionnée au 7° de l'article L. 2242-17. »

γ- Sur le nouveau cadre de négociation dans l'entreprise

36. Les observations en réplique de la CGT et de la CFE-CGC portent principalement sur le caractère majoritaire des accords d'entreprise présenté par le Gouvernement au paragraphe 110 de ses observations initiales.
37. Le Gouvernement rappelle que la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 a considérablement élargi le champ de la négociation d'entreprise dans les domaines de la durée du travail, des repos et des congés. Les accords d'entreprise étant de ce fait appelés à monter en puissance, le législateur a dans le même temps souhaité renforcer leur légitimité. C'est pour cette raison que la législation française prévoit désormais que la validité des accords collectifs est subordonnée à leur signature par, d'une part l'employeur ou son représentant et, d'autre part, une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections professionnelles, et non plus 30 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles.

- Sur la date d'entrée en vigueur de l'accord majoritaire

38. Les organisations réclamantes semblent déplorer que les dispositions relatives à l'accord majoritaire (article L. 2232-12 du code du travail) n'entrent en vigueur que le 1^{er} mai 2018 pour les accords collectifs autres que ceux portant sur la durée du travail, les repos et les congés et ceux mentionnés à l'article L. 2254-2 du code du travail (pour lesquels les dispositions concernées sont déjà applicables).
39. Toutefois, le Gouvernement souligne l'importance de la mise en place d'un dispositif transitoire dans les règles de conclusion des accords collectifs afin de permettre aux partenaires sociaux de s'approprier le nouveau dispositif dans un but de sécurité juridique. Imposer la renégociation de l'ensemble des accords conclus avant l'entrée en vigueur de ce nouveau dispositif aurait, par ailleurs, pour effet de porter une atteinte disproportionnée aux conventions légalement conclues.
40. Enfin, contrairement à ce que semblent alléguer les organisations réclamantes, le dispositif antérieur permettait également aux organisations syndicales de s'assurer de la protection de la santé des travailleurs.
41. En effet, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, la validité d'un accord d'entreprise était certes subordonnée à la signature par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli au moins 30 % des suffrages exprimés, mais une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli au moins 50 % des suffrages exprimés pouvaient s'opposer à l'entrée en vigueur de l'accord ainsi conclu.

- Sur le périmètre de négociation

42. Contrairement à ce qu'affirment les organisations réclamantes et ainsi qu'il l'a démontré aux paragraphes 121 à 126 de ses observations initiales, le Gouvernement rappelle que le périmètre de la négociation est sans impact sur la protection des

salariés au forfait en jours dès lors que l'accord doit contenir les mêmes clauses légales obligatoires et que l'employeur doit toujours veiller régulièrement au caractère raisonnable de la charge de travail. Ainsi, le salarié n'est pas moins ou mieux protégé selon que l'accord a été conclu au niveau de son établissement ou d'un groupement auquel appartient son entreprise, ou de sa branche professionnelle.

- Sur la prétendue aggravation des possibilités de négociation hors de toute présence syndicale

43. Les organisations réclamantes allèguent, sans toutefois étayer leur propos, que les possibilités de négociation hors de toute présence syndicale ont encore été aggravées par l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective.
44. Or le Gouvernement rappelle que les modalités de négociation mises en place par l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 ont pour objet de développer la négociation collective au sein des entreprises de moins de cinquante salariés lesquelles, en principe, ne disposent pas de délégués et ce, conformément aux objectifs européens de promotion de la négociation collective.
45. L'ensemble des dispositions permettant des modalités de négociation dites dérogatoires ne sont précisément possibles qu'en l'absence de délégué syndical.
46. Ainsi, l'ordonnance précitée n'a nullement modifié les conditions de désignation et de présence du délégué syndical au sein de l'entreprise et a seulement défini des modalités de négociation visant à permettre aux entreprises ne disposant pas de tels délégués d'accéder à la négociation collective.

- Sur la mise en place du conseil d'entreprise

47. Les organisations réclamantes allèguent que la mise en place au sein d'une entreprise d'un conseil d'entreprise, prévu par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, aurait pour effet de lui confier la négociation collective en lieu et place des syndicats.
48. A cet égard, le Gouvernement souligne que l'article L. 2321-2 du code du travail soumet la mise en place du conseil d'entreprise à la conclusion d'un accord collectif. Dès lors, dans les entreprises où les syndicats sont présents, ces derniers ont la possibilité de s'opposer à la mise en place d'un conseil d'entreprise en ne signant pas l'accord collectif l'instituant.
49. Par ailleurs, la mise en place du conseil d'entreprise ne signifie pas l'éviction des syndicats dans la mesure où les représentants du personnel au sein du conseil d'entreprise sont ceux du comité social et économique, pour lesquels l'article L. 2314-29 du code du travail réserve la désignation au 1^{er} tour aux seules organisations syndicales.

50. Les représentants élus au 1^{er} tour des élections professionnelles sont donc présentés par les organisations syndicales. Ce n'est que dans le cas où le nombre de votant est inférieur à la moitié des électeurs inscrits et en cas d'absence de candidature au 1^{er} tour, que peut être présentée une liste autre que celles présentées par une organisation syndicale.
51. Rien n'exclut par ailleurs qu'un représentant élu du conseil d'entreprise soit également délégué syndical.
52. Enfin, ces représentants bénéficient d'une légitimité propre à la défense des intérêts des salariés qu'ils tirent de leur élection.

- Sur le contournement allégué des syndicats par la procédure prévue par l'article L. 2232-12 du code du travail

53. Les organisations réclamantes soutiennent que la possibilité offerte par l'article L. 2232-12 du code du travail de soumettre à référendum un accord signé par les organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 30 % des suffrages exprimés aurait pour effet de contourner les organisations syndicales et conduirait à ce que l'ensemble des salariés se prononcent sur la mise en place du forfait en jours ne concernant que certains d'entre eux
54. S'agissant du prétendu contournement des organisations syndicales, le Gouvernement entend faire valoir que, contrairement à ce qu'invoquent la CGT et la CFE-CGC, l'article L. 2232-12 du code du travail associe étroitement les organisations syndicales.
55. Tout d'abord, pendant un délai d'un mois à compter de la signature de l'accord, les syndicats peuvent seuls demander l'organisation d'une consultation des salariés, consacrant ainsi un monopole de l'initiative de la consultation pendant ce délai. C'est seulement à l'issue de ce délai que l'employeur peut demander l'organisation de la consultation, consultation à laquelle les organisations syndicales peuvent s'opposer, auquel cas, les salariés ne seront pas consultés et l'accord sera réputé non écrit.
56. Par ailleurs, l'organisation elle-même de la consultation associe étroitement les syndicats puisque ses modalités sont définies dans un protocole conclu entre l'employeur et les syndicats.
57. Le Gouvernement rappelle enfin qu'outre l'association étroite des organisations syndicales, les articles D. 2232-2 et suivants du code du travail garantissent le respect de la confidentialité et de la sincérité du vote du salarié.
58. S'agissant de la consultation de l'ensemble des salariés sur la mise en place du forfait en jours ne concernant que certains d'entre eux, le Gouvernement souligne que l'article L. 2232-12 du code du travail prévoit que la consultation des salariés se déroule selon les modalités prévues par un protocole spécifique conclu entre l'employeur et une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 30 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives.

59. Il revient donc aux organisations syndicales de définir dans ce protocole avec l'employeur quels sont les salariés qui sont concernés par un accord, notamment un accord sur la mise en place du forfait jour, qui seuls seront consultés.

- Sur la qualité d'accord collectif conférée aux accords conclus selon des modalités de négociation dans les entreprises de moins de 11 salariés, ainsi que dans les entreprises comprenant entre 11 et 20 salariés dépourvues de représentant du personnel

60. Les organisations réclamantes contestent les modalités de négociation et de ratification des accords dans les entreprises dont l'effectif habituel est inférieur à onze salariés (article L. 2232-21 et suivants du code du travail) et dans celles dont l'effectif habituel est compris entre onze et cinquante salariés (article L. 2232-23 du code du travail). Elles allèguent que dans ces circonstances l'employeur aurait désormais la faculté de rédiger seul un accord relatif aux conventions individuelles de forfait en jours et que le texte ainsi rédigé aurait valeur d'accord collectif, en l'absence de toute négociation, dès lors qu'il est ratifié par une majorité des deux tiers du personnel.

61. Contrairement à ce que soutiennent les organisations réclamantes, le Gouvernement entend démontrer que les dispositions contestées n'ont ni pour objet, ni pour effet de faire obstacle à l'intervention des organisations syndicales.

62. Tout d'abord, le Gouvernement relève que les organisations syndicales ont, de fait, une présence très faible au sein des petites entreprises puisque seules 4 % des entreprises de 11 à 50 salariés ont un délégué syndical pour négocier un accord collectif. Le bilan issu des rencontres bilatérales ayant précédé l'élaboration des ordonnances adoptées le 22 septembre 2017 fait le constat que les délégués syndicaux n'étaient pas ou peu présents dans les très petites entreprises (TPE) et les petites et moyennes entreprises (PME), alors même que le droit interne, depuis plusieurs décennies, prévoit leur présence dans l'entreprise.

63. L'exploitation des déclarations annuelles de données sociales par la Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques du Ministère du Travail (DARES) en 2014 permet de recenser environ 1 195 000 d'entreprises employant entre 1 et 9 salariés, employant au total 3 313 600 de salariés. Cela montre qu'un nombre très important d'entreprises, employant environ 3 000 000 de salariés, ne dispose pas, structurellement, de délégué syndical permettant de conclure des accords d'entreprise.

64. En tout état de cause, le Gouvernement souligne que les dispositions des articles L. 2232-21 et L. 2232-23 du code du travail ne s'appliquent qu'en l'absence de délégué syndical ou de membre élu de la délégation du personnel du comité social et économique, l'effectif de l'entreprise n'étant pas le seul critère.

65. Par ailleurs, le dispositif contesté est conçu précisément dans une hypothèse où la négociation avec les organisations syndicales est impossible dès lors que les personnes habilitées à négocier sont inexistantes. A cet égard, le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 expose bien que ces dispositions ont pour objet d'apporter des solutions pragmatiques pour permettre la conclusion d'accord dans les très petites entreprises (Pièce jointe n° 17).

66. En outre, le Gouvernement relève que dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, le dialogue social revêt un caractère informel. En pratique, le projet d'accord proposé par l'employeur sera négocié de manière informelle avec les salariés avant que l'employeur ne propose sa ratification. La forte majorité, des deux tiers, à laquelle est soumise l'approbation du projet d'accord impose à l'employeur, dans les faits, de dialoguer avec ces salariés qui sont, de fait, partie à l'accord. Le délai de quinze jours précédant l'organisation de la consultation a, par ailleurs, pour objet de permettre aux salariés de s'informer pleinement et de prendre l'attache des organisations syndicales dans les unions départementales ou locales ou encore de saisir l'observatoire d'analyse et d'appui au dialogue social et à la négociation.
67. A cet égard, le Gouvernement note que la Cour de cassation a déjà affirmé que l'approbation par la majorité des deux tiers des salariés garantit une rencontre des volontés qui caractérise un accord et exclut la qualification de décision unilatérale (Cour de cassation, chambre sociale, 5 janvier 1984, n° 81-42.112 – Pièce jointe n° 18).
68. Enfin, le Gouvernement précise que, dans sa décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018, le Conseil constitutionnel a estimé que « les articles L. 2232-21 et L. 2232-23 du code du travail ne méconnaissent ni le principe de participation des travailleurs, ni la liberté syndicale » et qu'ils « sont conformes à la Constitution » (Pièce jointe n° 19).
69. En effet, le Conseil constitutionnel a considéré que les conditions posées par ces articles étaient suffisamment protectrices.
70. Ainsi, il a estimé que : *« Il appartient au législateur, compétent en application de l'article 34 de la Constitution pour déterminer les principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical, de fixer les conditions de mise en œuvre du droit des travailleurs de participer, par l'intermédiaire de leurs délégués, à la détermination des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises.*

En premier lieu, en permettant sous certaines conditions à l'employeur, dans les entreprises employant jusqu'à vingt salariés, de proposer un projet d'accord collectif à la consultation du personnel, le législateur a souhaité développer les accords collectifs dans les petites entreprises en prenant en compte l'absence fréquente de représentants des salariés pouvant négocier de tels accords dans ces entreprises.

En deuxième lieu, les dispositions contestées ne prévoient la possibilité pour l'employeur de soumettre un projet d'accord collectif à la consultation du personnel que si l'entreprise est dépourvue de délégué syndical et, dans les entreprises de onze à vingt salariés, en l'absence, en outre, de membre élu de la délégation du personnel du comité social et économique.

En dernier lieu, conformément à l'article L. 2232-22 du code du travail, le projet d'accord doit être communiqué par l'employeur à chaque salarié et un délai minimum de quinze jours doit s'écouler entre cette communication et l'organisation de la consultation. En outre, le projet d'accord n'est validé que s'il recueille une majorité des deux tiers du personnel. Enfin, les modalités d'organisation de la consultation doivent en tout état de cause respecter les principes généraux du droit électoral.

Il résulte de ce qui précède que les articles L. 2232-21 et L. 2232-23 du code du travail ne méconnaissent ni le principe de participation des travailleurs, ni la liberté syndicale et qu'ils ne sont pas entachés d'incompétence négative. Ces articles, qui ne sont contraires à aucune autre exigence constitutionnelle, sont conformes à la Constitution. »

71. Pour le surplus, le Gouvernement s'en rapporte à ses observations initiales du 15 décembre 2017 et réaffirme que le dispositif du forfait en jours se conforme pleinement aux exigences de l'article 2§1 de la Charte en garantissant le droit à une durée quotidienne et hebdomadaire de travail raisonnable.

b) Sur l'absence de violation de l'article 4 § 2 de la Charte

72. Le Gouvernement s'en rapporte à ses observations initiales du 15 décembre 2017 et réaffirme que le dispositif du forfait en jours respecte bien le principe du droit à une rémunération équitable posé par l'article 4 § 2 de la Charte.

⋮ ⋮ ⋮

73. Au regard de l'ensemble des éléments qui précèdent, le Gouvernement persiste dans ses observations initiales du 15 décembre 2017 et réaffirme qu'il y a absence de violation de l'article 2 §§ 1 et 5 de la Charte sociale européenne révisée concernant la législation interne sur l'astreinte et absence de violation des articles 2 § 1 et 4 § 2 de la Charte sociale européenne révisée concernant la législation sur le forfait en jours./.

ANNEXES

Pièce n° 15 : Cour de cassation, chambre sociale, 2 juillet 2014, n° 13-19.990

Pièce n° 16 : Cour de cassation, chambre sociale, 17 décembre 2014, n° 13-22.890

Pièce n° 17 : Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective

Pièce n° 18 : Cour de cassation, chambre sociale, 5 janvier 1984, n° 81-42.112

Pièce n° 19 : Conseil constitutionnel, décision n° 2018-761 DC, 21 mars 2018