



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

5 novembre 2020

Pièce n° 3

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

MEMOIRE DU GOUVERNEMENT SUR LE BIEN-FONDE

Enregistré au secrétariat le 26 octobre 2020

OBSERVATIONS DU GOUVERNEMENT
DE LA REPUBLIQUE FRANCAISE
SUR LE BIEN-FONDE DE LA RECLAMATION n° 189/2020
Confédération française démocratique du travail (CFDT) c. France

1. Par un courrier en date du 11 février 2020, le Comité européen des droits sociaux (ci-après le « Comité ») a communiqué au Gouvernement français la réclamation présentée le 15 janvier 2020 par la Confédération française démocratique du travail (ci-après la « CFDT »), tendant à ce que le Comité déclare que la situation de la France n'est pas conforme à l'article 6 § 2 de la Charte sociale européenne révisée (ci-après la « Charte »).
2. Le 6 juillet 2020, le Comité a déclaré la réclamation recevable et invité le Gouvernement à lui adresser un mémoire relatif à son bien-fondé.
3. Le Gouvernement a l'honneur de présenter au Comité les observations qui suivent sur le bien-fondé de la réclamation.

⋮ ⋮ ⋮

I – EXPOSE DE LA RECLAMATION

4. La CFDT allègue que les articles L. 2232-21, L. 2232- 22, L. 2232-22-1 et L. 2232-23 du code du travail méconnaîtraient l'article 6 § 2 de la Charte (droit de négociation collective). Elle fait valoir que ces dispositions permettraient aux employeurs de contourner la négociation collective avec les représentants syndicaux en prévoyant qu'un employeur peut proposer un projet d'accord pour approbation directement aux salariés dans les entreprises de moins de onze salariés dépourvues de délégué syndical et dans les entreprises de onze à vingt salariés en l'absence de membre élu de la délégation du personnel du comité social et économique.

II – LEGISLATION INTERNE PERTINENTE

5. Afin de favoriser la négociation collective dans les petites entreprises, l'article 8 de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective, a introduit trois nouveaux articles dans le code du travail facilitant la conclusion d'un accord dans les entreprises de vingt salariés ou moins dépourvues de délégué syndical. Les articles L. 2232-21 et L. 2232-22 ont ainsi adapté les modalités de négociation dans les entreprises dont l'effectif habituel est inférieur à onze salariés et l'article L. 2232-23 dans celles dont l'effectif habituel est compris entre onze et vingt salariés.
6. Ces articles ont été modifiés et ratifiés par la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social. Cette loi a également créé l'article L. 2232-22-1.
7. L'article L. 2232-21 du code du travail prévoit que :

« Dans les entreprises dépourvues de délégué syndical et dont l'effectif habituel est inférieur à onze salariés, l'employeur peut proposer un projet d'accord ou un avenant de révision aux salariés, qui porte sur l'ensemble des thèmes ouverts à la négociation collective d'entreprise prévus par le présent code. 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. Les conditions d'application de ces dispositions, en particulier les modalités d'organisation de la consultation du personnel, sont fixées par décret en Conseil d'État. »

8. L'article L. 2232-22 dispose que :

« Lorsque le projet d'accord ou d'avenant de révision mentionné à l'article L. 2232-21 est approuvé à la majorité des deux tiers du personnel, il est considéré comme un accord d'entreprise valide.

L'accord ou l'avenant de révision ainsi conclu peut être dénoncé à l'initiative de l'employeur dans les conditions prévues par l'accord ou à défaut de stipulation expresse par les articles L. 2261-9 à L. 2261-13.

L'accord ou l'avenant de révision peut également être dénoncé à l'initiative des salariés dans les conditions prévues par l'accord ou à défaut de stipulation expresse par les mêmes articles L. 2261-9 à L. 2261-13, sous réserve des dispositions suivantes :

- les salariés représentant les deux tiers du personnel notifient collectivement et par écrit la dénonciation à l'employeur ;*
- 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. »*

9. L'article L. 2232-22-1 précise que :

« Les modalités de révision et de dénonciation prévues à l'article L. 2232-22 sont applicables aux accords collectifs quelles qu'aient été les modalités de leur conclusion lorsque l'entreprise vient à remplir postérieurement les conditions prévues aux articles L. 2232-21 et L. 2232-23. »

10. Enfin, l'article L.2232-23 ajoute 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, les articles L. 2232-21, L. 2232-22 et L. 2232-22-1 s'appliquent. »

11. Par une requête du 13 novembre 2017, la CFDT a formé un recours pour excès de pouvoir contre l'article 8 de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 précitée.

12. Par une décision du 1^{er} juin 2018, le Conseil d'État a déclaré qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur la requête de la CFDT au motif que le législateur avait, par l'article 1^{er} de la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 précitée, « ratifié cette ordonnance dans son entier ;

que, par suite, la légalité de cette ordonnance n'est plus susceptible d'être discutée par la voie d'un recours pour excès de pouvoir » (pièce jointe n° 1).

13. Le 21 février 2018, le Conseil constitutionnel a été saisi, en application du deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution, de la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018. Les députés requérants invoquaient notamment une méconnaissance par les articles L. 2232-21 et L. 2232-23 du code du travail du principe de participation des travailleurs par l'intermédiaire de leurs délégués à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion des entreprises, ainsi qu'une atteinte disproportionnée à la liberté syndicale.
14. Dans sa décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018 (pièce jointe n° 2), le Conseil constitutionnel a déclaré les deux articles en question conformes à la Constitution.
15. Il a considéré qu'« *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.* » (§ 7).
16. Il a ensuite constaté que cette possibilité était encadrée, relevant ainsi que « *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.* » (§§ 8 et 9).
17. Dès lors, le Conseil constitutionnel a conclu 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 (...)* » (§ 10).

III – DISCUSSION SUR LE BIEN-FONDE DE LA RECLAMATION

18. L'article 6 de la Charte, intitulé « Droit de négociation collective », prévoit que :

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

- 1. à favoriser la consultation paritaire entre travailleurs et employeurs ;*
- 2. à promouvoir, lorsque cela est nécessaire et utile, l'institution de procédures de négociation volontaire entre les employeurs ou les organisations d'employeurs, d'une part, et les organisations de travailleurs,*

d'autre part, en vue de régler les conditions d'emploi par des conventions collectives ; (...) »

19. En vertu d'une interprétation constante, le Comité estime que les Etats parties ayant accepté l'article 6 § 2 de la Charte « *s'engagent non seulement à reconnaître dans leur législation la possibilité pour les employeurs et les travailleurs de régler leurs relations mutuelles par voie de convention collective, mais également à promouvoir d'une façon positive, avec l'aide de moyens appropriés, la conclusion de telles conventions si leur état de développement spontané n'est pas suffisant et à garantir, en particulier, que les partenaires sociaux soient disposés à ouvrir entre eux des négociations collectives. Si par contre des procédures de négociation volontaire existent sur une base spontanée et si elles correspondent à un niveau adéquat, le Gouvernement en question n'est pas tenu, de l'avis du Comité, d'intervenir au sens de ce paragraphe* »¹.
20. Dans sa réclamation, la CFDT soutient que les articles L. 2232-21, L. 2232- 22, L. 2232-22-1 et L. 2232-23 du code du travail constituent un contournement des partenaires sociaux (A), une atteinte au droit de la négociation conduisant à un renforcement du pouvoir unilatéral de l'employeur (B), une entrave faite aux organisations syndicales de s'implanter dans les petites entreprises (C) ainsi qu'un danger pour les droits des salariés (D).

A) Sur l'allégation de contournement des partenaires sociaux

21. Selon la CFDT, les dispositions qui font l'objet de la présente réclamation permettraient aux employeurs de contourner les partenaires sociaux et porteraient de ce fait atteinte au droit de négociation collective garanti par l'article 6 § 2 de la Charte.
1. L'absence de négociation préalable avec les organisations syndicales ne constitue pas à elle seule une méconnaissance du principe de participation des travailleurs
22. En premier lieu, le Gouvernement remarque que l'article 6 § 2 de la Charte ne prévoit pas les situations caractérisées par l'absence de représentation syndicale dans l'entreprise.
23. En second lieu, le Gouvernement relève que les termes mêmes de cet article, qui précise « *lorsque cela est nécessaire et utile* », laissent une grande marge d'appréciation aux États parties.
24. Dès lors, le Gouvernement estime qu'il ne peut être déduit du libellé de l'article 6 de la Charte que le droit de négociation collective ne s'exerce de façon effective qu'avec les organisations syndicales.
25. Ainsi, l'absence de négociation préalable avec les organisations syndicales ne saurait, à elle seule, caractériser une atteinte au droit de négociation collective au sens de

¹ Conclusions I - 1969, observation interprétative relative à l'article 6 § 2 ; voir également *Confédération Générale du Travail Force Ouvrière (FO) c. France*, Réclamation n° 118/2015, décision sur le bien-fondé du 3 juillet 2018, § 60

l'article 6 § 2 de la Charte, lequel ne confère pas un monopole à ces organisations en matière de négociation.

26. C'est également ce qu'a jugé en France, le Conseil constitutionnel, qui a considéré que « *si [les] dispositions confèrent aux organisations syndicales vocation naturelle à assurer, notamment par la voie de la négociation collective, la défense des droits et intérêts des travailleurs, elles n'attribuent pas pour autant à celles-ci un monopole de la représentation des salariés en matière de négociation collective ; que des salariés désignés par la voie de l'élection ou titulaires d'un mandat assurant leur représentativité, peuvent également participer à la détermination collective des conditions de travail dès lors que leur intervention n'a ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à celle des organisations syndicales représentatives.* » (pièce jointe n° 3, § 8).
 27. Contrairement à ce qui est allégué par la CFDT, les dispositions attaquées concourent à l'objectif recherché par l'article 6 § 2 de la Charte en permettant à l'employeur, en l'absence de délégation syndicale ou de représentants élus du personnel, de consulter les salariés et recueillir leur approbation sur certaines mesures à prendre ayant un effet sur leurs conditions de travail.
 28. En tout état de cause, ces dispositions n'ont ni pour objet, ni pour effet de faire obstacle à l'intervention des organisations syndicales, comme il sera démontré ci-dessous.
2. Les dispositions attaquées ne s'appliquent qu'en l'absence de délégués syndicaux
29. Les articles L. 2232-21 et L. 2232-23 du code du travail prévoient explicitement leur application en l'absence de délégués syndicaux, c'est-à-dire en l'absence d'organisation syndicale représentative dans l'entreprise, ou de membres élus de la délégation du personnel du comité social et économique.
 30. C'est pour faire en sorte que les petites entreprises ne soient pas structurellement exclues des possibilités offertes par l'accord d'entreprise, qu'il a été nécessaire de prévoir des modalités de négociation adaptées à leurs spécificités.
 31. En tout état de cause, le dispositif en cause 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.
 32. Le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 indique bien que ces dispositions ont pour objet d'apporter des solutions pragmatiques pour permettre la conclusion d'accord dans les très petites entreprises : « *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. La réforme traite plus spécifiquement encore la réalité des très petites entreprises, qui n'ont ni délégué syndical, ni élu pour négocier. Un employeur d'une très petite entreprise aura désormais la possibilité de négocier directement avec ses salariés sur tous les sujets. Les très petites entreprises bénéficieront ainsi des mêmes souplesses,*

des mêmes capacités d'adaptation du droit, que les grandes entreprises (...) » (pièce jointe n° 4).

33. Les dispositions attaquées ne sauraient donc être regardées comme méconnaissant une obligation de négociation préalable qui ne peut, par définition, être mise en œuvre.

3. Dans les faits, les délégués syndicaux sont très peu présents dans les petites entreprises

34. Les organisations syndicales sont très peu présentes au sein des petites entreprises : seules 4 à 5 % des entreprises de onze à cinquante salariés ont un délégué syndical pour négocier un accord collectif. Le bilan issu des rencontres bilatérales ayant précédé l'élaboration des projets d'ordonnance constate ainsi la très faible présence des délégués syndicaux dans les très petites entreprises (TPE) et petites et moyennes entreprises (PME), alors même que la loi, depuis plusieurs décennies, prévoit leur présence dans l'entreprise. Cette réalité concerne un grand nombre de salariés : il existe plus d'un million d'entreprises entre 1 et 9 salariés, qui emploient près de 19 % des salariés du secteur privé, soit 3,3 millions de personnes (données de la Direction de l'Animation de la recherche, des Études et des Statistiques du ministère du Travail (DARES) au 31 décembre 2018).

35. Ainsi, un nombre très important de petites entreprises ne disposent pas de délégué syndical permettant de conclure des accords d'entreprise selon le mode de négociation habituel, rendant nécessaire le recours à des procédures alternatives de négociation.

4. La consultation des salariés ne se fait pas au détriment du mandatement, dispositif qui n'a jamais fait ses preuves

36. Les dispositions attaquées de l'article L. 2232-23 du code du travail n'ont pas pour effet d'interdire le recours à la négociation avec un ou plusieurs salariés expressément mandatés ou membres de la délégation du personnel du comité social et économique dans les entreprises de onze à vingt salariés. Au contraire, une telle possibilité est expressément prévue par l'article L. 2232-23-1 du code du travail pour les entreprises entre onze et cinquante salariés.

37. L'article L. 2232-23 du code du travail autorise le recours à la consultation des salariés uniquement dans les situations d'absence combinée de délégué syndical et de membre élu du comité social et économique.

38. Si, comme le souligne la CFDT, il demeure alors loisible à l'employeur placé dans cette situation de choisir de négocier un accord avec un salarié mandaté ou de recourir à la consultation des salariés, cette situation demeure en réalité très rare.

39. La loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi ouvrait la possibilité de recourir au mandatement d'un salarié par les organisations syndicales représentatives au niveau de la branche ou au niveau interprofessionnel pour négocier et conclure des accords dans les entreprises de moins de onze salariés.

40. Cependant, ce dispositif n'a pas fait ses preuves dans les très petites entreprises.

41. Ainsi, en 2017, sur plus de 30 000 accords d'entreprise conclus, seuls 197 accords ont été conclus avec un salarié mandaté. Dans les entreprises de moins de onze salariés, seuls 31 accords ont été conclus par un salarié mandaté. Selon les chiffres de la DARES, le recours au mandatement reste exceptionnel et concerne moins de 1 % des entreprises qui ouvrent des négociations (« Des négociations collectives plus orientées vers l'emploi en 2013 », DARES ANALYSES, décembre 2015).
42. Les dispositions attaquées ne sauraient donc être regardées comme un moyen de contourner le recours au mandatement, dispositif qui dans les faits n'est presque jamais utilisé dans les petites entreprises.

B) Sur l'allégation de renforcement du pouvoir unilatéral de l'employeur

43. Selon la CFDT, les dispositions qui font l'objet de sa réclamation portent atteinte au droit de négociation collective dans la mesure où l'adoption d'un projet d'accord par consultation des salariés ne saurait être assimilée à la négociation et la conclusion d'un accord collectif.
44. Le Gouvernement rappelle que l'article 6 de la Charte ne réserve nullement le principe de la négociation aux seules organisations syndicales et ne prive pas d'un dialogue direct l'employeur et les salariés, dès lors qu'il ne contourne pas, lorsqu'ils existent, les partenaires sociaux.
45. En outre, le Gouvernement relève que les conditions fixées par les dispositions attaquées pour que la consultation des salariés soit qualifiée d'accord collectif contredisent parfaitement l'allégation selon laquelle le pouvoir unilatéral de l'employeur serait renforcé.
1. L'absence de négociation préalable avec les organisations syndicales ne signifie pas que le projet d'accord ne fait l'objet d'aucune négociation
46. Comme il l'a exposé au paragraphe 25 ci-dessus, le Gouvernement estime que l'absence de négociation préalable avec les organisations syndicales ne saurait, à elle seule, caractériser une atteinte au droit de négociation collective au sens de l'article 6 de la Charte, lequel ne confère pas de monopole aux organisations syndicales mais vise également la consultation paritaire entre travailleurs et employeurs.
47. Par ailleurs, 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 est 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 de dialoguer avec les salariés, qui sont de fait parties à l'accord.
48. En outre, le Gouvernement rappelle que l'article L. 2232-21 du code du travail prévoit un délai minimal de quinze jours entre le moment où l'employeur propose le projet d'accord aux salariés et le moment où la consultation du personnel peut être organisée.

49. Ce délai de quinze jours a vocation à permettre aux salariés de prendre l'attache des unions départementales des organisations syndicales de salariés représentatives dans la branche ou au niveau national et interprofessionnel.
50. Ce délai permet également aux salariés d'entrer en lien avec l'observatoire d'analyse et d'appui au dialogue social et à la négociation du département où se situe l'entreprise, observatoire créé par l'article 9 de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 précitée qui a pour but de favoriser et d'encourager la négociation collective, notamment dans les petites entreprises. Cette instance se compose à la fois des représentants de l'autorité administrative, des employeurs ainsi que des salariés désignés par les organisations syndicales représentatives au sein du département.
51. Tant les unions départementales que l'observatoire d'analyse et d'appui au dialogue social et à la négociation ont pour objet de fournir une information aux salariés sur le déroulement et le contenu des accords qui leur sont proposés, garantissant ainsi une égalité dans la négociation. Cela permet par ailleurs aux salariés d'être pleinement éclairés lors de la consultation.
52. Il ressort de ce qui précède que l'absence de négociation préalable avec les organisations syndicales ne signifie pas l'absence de négociation entre l'employeur et les salariés consultés.
 2. Le recours à la consultation des salariés n'est pas une extension du pouvoir de décision unilatérale de l'employeur
53. En premier lieu, le Gouvernement rappelle que l'article L. 2232-22 du code du travail dispose qu'une fois approuvé à la majorité des deux tiers des salariés, le projet d'accord est considéré comme un accord d'entreprise valide. L'approbation à la majorité des deux tiers garantit en effet la rencontre des volontés qui caractérise un accord et exclut la qualification de décision unilatérale, d'autant qu'elle a lieu à l'issue d'une négociation informelle, comme exposé au paragraphe 47 ci-dessus.
54. A cet égard, le Gouvernement rappelle l'arrêt de la Cour de cassation, en matière d'assurance complémentaire, qui dès 1984 a qualifié d'accord collectif un projet d'accord approuvé par référendum (pièce jointe n° 5).
55. Contrairement à ce qu'allègue la CFDT, l'intervention de représentants n'est donc pas une condition nécessaire de la prise en compte de la collectivité des salariés, dans la mesure où la consultation de l'ensemble des salariés ainsi que le seuil élevé des deux tiers assurent l'expression collective de leur intérêt.
56. En second lieu, le Gouvernement souligne que le dispositif en cause prévoit des garanties assurant le respect de la loyauté et de l'équité de la négociation.
57. L'article R. 2232-10 du code du travail garantit le caractère personnel et secret de la consultation, qui se déroule en l'absence de l'employeur, afin de protéger le salarié de toute interférence de la part de l'employeur dans sa prise de décision. Ce caractère secret a également pour objet de protéger le salarié de toute décision arbitraire à son endroit en raison de sa position.

58. Il résulte de ce qui précède que le dispositif attaqué garantit le respect des principes de loyauté et d'équité des négociations.

C) Sur l'allégation d'entrave faite aux organisations syndicales souhaitant s'implanter dans les petites entreprises

1. Dans les entreprises de moins de onze salariés

59. La CFDT allègue l'impossibilité, pour les organisations syndicales, de s'implanter dans les entreprises de moins de onze salariés par la voie de la désignation d'un délégué syndical, dans la mesure où l'employeur n'a pas l'obligation d'y organiser des élections. Elle souligne également que les nouvelles règles de décompte des effectifs contribuent à rendre le franchissement du seuil de onze salariés plus difficile.

60. Si la mise en place d'un comité social et économique n'est en effet pas obligatoire dans les entreprises de moins de onze salariés, l'employeur demeure incité à le faire, du fait des attributions « classiques » de ce comité, à savoir une représentation du personnel ayant pour mission de présenter à la direction les réclamations individuelles et collectives.

61. Par ailleurs, le seuil de onze salariés peut être abaissé par accord d'entreprise ou de branche.

62. Enfin, même en l'absence d'un tel accord, une organisation syndicale conserve la possibilité de s'implanter dans les très petites entreprises en créant une section syndicale, dans les conditions prévues par l'article L. 2142-1 du code du travail.

63. Concernant les nouvelles règles de franchissement de seuil (12 mois consécutifs contre 12 mois non nécessairement consécutifs sur trois ans), elles ont pour objectif d'éviter que les variations d'effectifs ne se traduisent par un changement brusque et une instabilité des dispositions applicables en matière d'instance représentative du personnel pour les entreprises, notamment celles dont les effectifs évoluent souvent.

2. Dans les entreprises de onze à vingt salariés

64. La CFDT allègue également que la législation actuelle entraverait l'implantation des organisations syndicales dans les entreprises de onze à vingt salariés.

65. En premier lieu, le Gouvernement souligne que l'absence de représentant élu ne résulte pas d'une absence d'incitation de l'employeur de rechercher un interlocuteur, mais de l'absence de candidat aux élections.

66. Le Gouvernement précise que l'article L. 2311-2 du code du travail prévoit l'obligation de mise en place du comité social et économique dès onze salariés. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la mise en œuvre d'une consultation des salariés est subordonnée pour ces entreprises à l'absence de représentant élu constatée dans un procès-verbal de carence.

67. En second lieu, comme rappelé précédemment, les organisations syndicales peuvent créer des sections syndicales dans toutes les entreprises. Dans les entreprises de onze à vingt salariés où aucune élection du comité social et économique n'est organisée, la section syndicale peut, en application de l'article L. 2314-8 du code du travail, demander à l'employeur l'organisation d'une élection et présenter un candidat. Elle dispose même du monopole lors du premier tour des élections, réservé aux listes syndicales – le second tour n'étant ouvert aux salariés que si le nombre de représentants n'est pas pourvu (L. 2314-29 du code du travail).
68. En troisième lieu, comme exposé aux paragraphes 36 à 42 ci-dessus, le Gouvernement rappelle que, dans les entreprises de onze à vingt salariés, le dispositif du mandatement demeure, l'article L. 2232-23 du code du travail n'excluant pas l'application de l'article L. 2232-23-1 qui permet le recours au mandatement d'un salarié. Le Gouvernement a néanmoins déjà précisé que ce dispositif n'était que très rarement utilisé et ne représentait pas une voie d'implantation effective des organisations syndicales dans les entreprises.

D) Sur le caractère systématiquement préjudiciable du dispositif pour les droits des salariés tel qu'allégué par la CFDT

69. Dans sa réclamation, la CFDT allègue que le recours à la procédure de consultation des salariés prévue par les dispositions critiquées serait le plus souvent préjudiciable aux travailleurs ce qu'il conduirait à l'adoption d'accords réduisant leurs droits sans contrepartie de l'employeur, notamment des accords de performance collective, et ce d'autant plus que ces accords peuvent porter sur l'ensemble des thèmes soumis à la dérogation par le code du travail. Pour illustrer son propos, la CFDT s'appuie sur quelques accords de performance collective.
70. Néanmoins, faute d'éléments sur le contexte dans lequel ces accords ont été signés dans les entreprises en cause, permettant de mesurer la nécessité des mesures prises et d'apprécier l'importance des droits aménagés et des contreparties accordées, les seuls extraits cités dans la réclamation de la CFDT ne suffisent pas à démontrer le risque quasi systématique de remise en cause des droits des travailleurs invoqué par la CFDT.
71. En effet, il est impossible de juger sans élément supplémentaire de l'existence éventuelle de contreparties dans d'autres collectifs ni de la pertinence de leur contenu au regard du contexte spécifique des entreprises, pour l'ensemble des accords pris en exemple.
72. Par ailleurs, on dénombrait, fin décembre 2019, 297 accords de performance collective conclus depuis l'introduction du dispositif, parmi lesquels seulement 21 conclus par consultation (soit 7 % de ces accords), dont 19 dans des entreprises de moins de onze salariés. Ces chiffres sont à comparer avec celui de 22 370 accords conclus par consultation et 13 940 accords conclus dans les entreprises de moins de onze salariés en 2019 (source : bilan de la négociation collective 2019²).

² <https://travail-emploi.gouv.fr/demarches-ressources-documentaires/documentation-et-publications-officielles/rapports/article/rapports-bilans-de-la-negociation-collective>

73. L'adoption d'accords de performance collective par consultation des salariés dans les petites entreprises reste donc un événement rare au regard du dynamisme de la négociation collective.



74. Au regard de l'ensemble des éléments qui précèdent, le Gouvernement demande au Comité de constater que les articles L. 2232-21, L. 2232- 22, L. 2232-22-1 et L. 2232-23 du code du travail sont conformes à l'article 6 § 2 de la Charte.

PIECES JOINTES

Pièce n° 1 : Décision du Conseil d'Etat n° 415641 du 1^{er} juin 2018

Pièce n° 2 : Décision du Conseil constitutionnel n° 2018-761 DC du 21 mars 2018

Pièce n° 3 : Décision du Conseil constitutionnel n° 96-383 DC du 6 novembre 1996

Pièce n° 4 : Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017

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