

N° 409161

M. B...

1^{ère} et 6^{ème} chambres réunies

Séance du 13 septembre 2017

Lecture du 22 septembre 2017

CONCLUSIONS

M. Charles TOUBOUL, rapporteur public

La société global Facility services a fait l'objet d'un contrôle de la DIRECCTE d'Ile de France en octobre 2012 sur ses actions de formation professionnelle 2009-2012. A l'issue de ce contrôle, le Préfet de la Région Ile-de-France a mis à sa charge, le 15 novembre 2013, diverses sommes dont une de 187 622 euros au titre des dispositions de l'article L. 6331-31 du code du travail, c'est à dire au titre d'un manquement aux obligations d'information et de consultation du comité d'entreprise sur ses actions de formation professionnelle.

Le tribunal administratif de Melun, saisi par la société, depuis lors mise en liquidation judiciaire et représentée par Maître B..., a annulé la décision du préfet sur ce point. Il s'est fondé pour cela sur le fait que les dispositions servant de base à cette mesure avaient disparu de l'ordonnancement juridique à la suite de leur abrogation par l'article 10 de la loi du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale et que, s'agissant d'une sanction, il lui appartenait, comme juge de plein contentieux, d'appliquer immédiatement ce texte qu'il analysait comme une loi pénale plus douce.

Mais la cour administrative d'appel de Paris, saisie par le ministre, a infirmé le jugement sur ce point au motif que l'abrogation sur laquelle s'était fondé le tribunal n'était pas encore effective à la date du jugement, eu égard au différé d'entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2015 dont elle était assortie au III du même article 10 de la loi.

La société et son liquidateur ont formé un pourvoi en cassation contre cet arrêt et soulèvent au soutien de celui-ci une QPC sur ce III de l'article 10 de la loi du 5 mars 2014, qui n'a jamais été déclaré conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel.

Nous commencerons par examiner le fond de la question de la rétroactivité *in mitius* avant de voir les conséquences que vous pouvez en tirer sur la QPC ici soulevée.

1. Le fond d'abord

1.1 La question de la rétroactivité *in mitius* ne peut se poser que si la décision en litige est bien une sanction et c'est ce qu'il faut d'abord vérifier.

Même si, aux termes de l'article L. 6331-31 du code du travail, elle se présente comme la « majoration » d'un versement dû par l'entreprise au titre de ses obligations de financement de la formation professionnelle continue et si, en vertu du même article, elle est recouvrée

selon les modalités ainsi que sous les sûretés, garanties et sanctions applicables aux « taxes sur le chiffre d'affaires », la majoration en cause vise bien, avant tout, à réprimer un manquement à une obligation préétablie, celle de consulter le comité d'entreprise sur les questions de formation professionnelle continue. Elle ne relève donc pas de la fiscalité, même incitative car la consultation du « CE » n'est pas qu'une faculté ; c'est une obligation, d'ailleurs pénalement sanctionnée par le délit d'entrave. On est donc bien face à une sanction administrative qui a le caractère d'une punition au sens qu'en donne le juge constitutionnel.

1.2 La question de la rétroactivité *in mitius* se pose dans cette affaire parce que les dispositions qui instituaient cette sanction ont été abrogées par l'article 10 de la loi du 5 mars 2014.

Mais la rétroactivité *in mitius* n'a vocation à jouer que lorsque l'abrogation d'une disposition répressive s'analyse comme une authentique loi pénale plus douce. Ce sera le cas lorsque l'obligation demeure mais que la sanction est allégée ou supprimée. Il faut donc une décorrélation entre l'obligation de fond, qui persiste, et la sanction qui faiblit ou disparaît.

Lorsqu'au contraire la sanction disparaît par voie de conséquence de la disparition de l'obligation elle-même, le texte abrogeant la sanction n'est pas regardé comme une loi pénale plus douce. Il n'y a pas alors de rétroactivité de la loi pénale nouvelle mais seulement une succession de législations : la loi pénale antérieure reste applicable aux manquements commis lorsqu'elle était encore en vigueur et ce, même si les poursuites aboutissent après sa sortie de vigueur. C'est ce qui résulte tant de la jurisprudence du Conseil constitutionnel formulée dans sa décision n°2010-74 QPC du 3 décembre 2010, que de votre décision de Section « C... » du 16 juillet 2010, n°294239 rec¹.

Qu'en est-il en l'espèce ?

L'obligation de base était la consultation du comité d'entreprise, prévue à l'article L. 6331-12 du code du travail sur « *les problèmes propres à l'entreprise, relatifs à la formation professionnelle continue dans les conditions prévues aux articles L. 2323-33 à L. 2323-39* ». Elle était sanctionnée, en vertu de l'article L. 6331-31 du même code par une majoration de 50 % d'un versement dû par l'entreprise au titre de la formation continue. Or, la loi de 2014 a abrogé ces dispositions répressives de l'article L. 6331-31 sans revenir sur l'obligation qu'elle visait à faire respecter, c'est à dire celle de consulter le comité d'entreprise, qui a été maintenue quant à elle à l'article L. 6331-12. L'obligation demeurerait donc mais pas la sanction. C'est *a priori* un schéma type de loi pénale plus douce.

Il est vrai que cette sanction était libellée comme une majoration d'un versement dû par l'employeur au titre de son obligation de financement de la formation professionnelle et que ce versement lui-même a disparu dans le cadre de cette réforme².

Mais comme on le voit, les dispositions répressives n'ont pas ici été abrogées du fait de la disparition de l'obligation qu'elle réprimait. Elles l'ont été du fait de la disparition de

¹ V. pour une application assez illustrative, à propos des redevances post-stationnement : 5 nov. 2014 Mme D..., n°383586 T.

² C'est ce qui a conduit le législateur à la supprimer. Il ressort de ses travaux préparatoires, que c'est à la suite de la disparition de l'obligation de financement de la formation professionnelle sur laquelle était assise le calcul de la sanction pour défaut de consultation du comité d'entreprise que cette sanction a été purement et simplement supprimée. Rapp. du député J-P Gille n° 1754 du 30 janvier 2014 fait au nom de la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale (article 4) : « *Par coordination, le XI abroge l'article L. 6331-31 qui prévoit une majoration de la contribution au titre du plan de formation en cas de défaut de consultation du comité d'entreprise pour les entreprises soumises à cette obligation* ».

l'un des éléments de calcul de la sanction. Le législateur aurait très bien pu maintenir une sanction pécuniaire en modifiant ce mode de calcul, par exemple en le rendant forfaitaire. Mais il a préféré purement et simplement supprimer la sanction, tout en maintenant l'obligation de base - la consultation du comité d'entreprise - qu'elle réprimait.

Malgré l'interférence de cette question du mode de calcul de la sanction, on est bien face à une obligation qui demeure et une sanction qui disparaît, c'est à dire face à une authentique loi pénale plus douce imposant l'application de la rétroactivité *in mitius*. Et votre jurisprudence est d'ailleurs engagée en ce sens puisque cette solution a été retenue par votre 8^{ème} chambre jugeant seule le 1^{er} juin 2016 dans une affaire *Ministre des finances et des comptes publics c. SAS Société métallurgique d'Epernay*, n°390841 inédite, approuvant un arrêt de cour d'avoir fait jouer la rétroactivité *in mitius* s'agissant de ces dispositions.

2. Quelle conséquence en tirer sur la QPC en l'espèce ?

2.1 Cette rétroactivité s'imposait au législateur et il ne pouvait y faire échec en reportant à plus tard l'abrogation de ces dispositions répressives. Mais est-ce seulement ce qu'il a voulu faire ici avec le III de l'article 10 de la loi du 5 mars 2014 différant l'entrée en vigueur de la réforme ? Nous ne le pensons pas.

Les dispositions en cause sont rédigées de manière classique : elles reportent l'entrée en vigueur des nouvelles règles de quelques mois et, pour éviter toute solution de continuité, décalent d'autant l'abrogation du droit antérieur, sans prendre le soin de réserver le cas des dispositions répressives qu'il comportait. Mais il n'est pas d'usage d'écrire noir sur blanc ce type de réserve, surtout lorsque le différé porte sur de nombreuses dispositions et que le volet répressif n'en constitue qu'une toute petite partie. Les travaux préparatoires de la loi de 2014 montrent d'ailleurs que le Parlement n'a aucunement eu l'intention de maintenir en vigueur les sanctions administratives applicables à un défaut de consultation du comité d'entreprise sur ces mesures précises.

On est donc dans un cas très différent de celui jugé par le Conseil constitutionnel en 2010 où le législateur avait explicitement maintenu en vigueur des dispositions répressives du code de commerce sur la revente à perte appelées à terme à disparaître, en dérogeant expressément au principe de la rétroactivité de la loi pénale plus douce repris au dernier alinéa de l'article L. 112-1 du code pénal.

S'agissant de la loi du 5 mars 2014 dont vous avez à connaître aujourd'hui, l'interprétation la plus naturelle est de considérer qu'en différant l'entrée en vigueur de la réforme de la formation professionnelle et corrélativement l'abrogation des règles antérieures, les dispositions contestées n'ont eu ni pour objet ni pour effet d'écarter la rétroactivité *in mitius*. Le moyen d'inconstitutionnalité manquant en quelque sorte en fait, il ne reste a priori qu'à en déduire que la question n'est pas sérieuse. Et comme elle n'est pas non plus nouvelle, le Conseil constitutionnel ayant déjà à plusieurs reprises pris position sur la rétroactivité de la loi pénale plus douce³, vous pourriez refuser de transmettre sur ce terrain.

³ Qu'il fait découler du principe de nécessité des peines, voyez en particulier sa décision n°80-127 DC Sécurité et liberté du 20 janvier 1981 et en QPC sa décision n°2010-74 du 3 décembre 2010 précitée.

2.2 Une approche alternative existe néanmoins et consisterait à partir non de ce qu'a voulu faire le législateur mais de ce qu'aurait dû faire le juge face à une loi pénale qu'il regardait comme plus douce.

Vous pourriez en effet considérer que dans une telle situation, le juge n'a d'autre choix que d'appliquer immédiatement la loi nouvelle, sans tenir compte d'éventuelles dispositions d'entrée en vigueur différée qui pourraient l'affecter.

Ces dispositions d'entrée en vigueur différée ne pouvant en tout état de cause être appliquées par le juge, vous pourriez en déduire qu'elles ne pouvaient trouver application devant la cour administrative d'appel en l'espèce et donc que ces dispositions ne sont pas applicables au litige au sens et pour l'application des dispositions sur la QPC.

Mais ce terrain alternatif serait faussement économe.

Il soulèverait en réalité des questions assez délicates quant à l'office du juge qui ne nous semblent pas avoir toutes été réglées par votre décision ATOM du 16 février 2009, n°274000 au rec. Et nous croyons préférable de vous réserver pour le jour où vous serez confrontés à une loi qui pourra effectivement être regardée comme ayant entendu faire échec à la rétroactivité *in mitius* comme cela a été le cas des dispositions précitées sur la revente à perte, que la chambre criminelle de la Cour de cassation n'a du reste pas hésité en 2010 à regarder comme applicables au litige porté devant elle.

Comme par ailleurs, dans la présente affaire, la cour administrative d'appel de Paris s'est explicitement fondée sur les dispositions législatives visées par la présente QPC, l'approche la plus simple nous semble être de considérer qu'elles étaient bien applicables au litige au sens et pour l'application des dispositions sur la QPC et donc de vous placer, pour refuser de la transmettre au Conseil constitutionnel, sur le terrain tout à fait assuré, de l'absence de caractère sérieux.

PCMNC à la non-transmission de la question au Conseil constitutionnel.