

N^{os} 403535, 403628, 403634
Union départementale des
syndicats Force Ouvrière
d'Indre-et-Loire
et autres

1^{ère} et 6^{ème} chambres réunies
Séance du 25 octobre 2017
Lecture du 17 novembre 2017

CONCLUSIONS

M. Charles TOUBOUL, rapporteur public

Les défenseurs syndicaux sont une spécificité de la juridiction prud'homale. Il s'agit de membres d'organisations syndicales de salariés -et plus rarement d'employeurs- qui assistent l'une des parties devant cette juridiction. Ils se sont développés avec la généralisation des conseils de prud'homme en 1979 et cela sans base législative particulière¹.

Dans le cadre des réflexions conduites sur l'avenir de la juridiction prud'homale et notamment du « rapport Lacabarats »² en juillet 2014, il a été proposé de conforter ces défenseurs syndicaux en leur donnant un véritable statut. La réforme de la juridiction prud'homale ayant été introduite par la loi « activité » du 6 août 2015, c'est ce texte qui a porté les dispositions nécessaires. Le législateur a ainsi reconnu l'existence de ces défenseurs syndicaux et prévu leur désignation par les organisations représentatives au niveau national. Dans les établissements de plus de 11 salariés, il dispose du temps nécessaire à l'exercice de cette fonction dans la limite de 10 heures par mois. Le temps passé hors de l'entreprise pendant les heures de travail pour l'exercice de cette mission est assimilé à du temps de travail effectif. L'employeur doit maintenir son salaire pendant ces absences mais il en est remboursé par l'Etat. Le défenseur syndical est tenu à des règles de discrétion et de secret professionnel. Il dispose de droits à la formation. C'est enfin un salarié protégé.

Ces dispositions ont été mises en œuvre par plusieurs textes et notamment un décret du 18 juillet 2016 relatif à l'établissement des listes, à l'exercice et à la formation des défenseurs syndicaux, dont la portée a été explicitée par une circulaire du directeur général du travail du même jour. Ces dispositions font l'objet devant vous d'un tir croisé du Conseil national des barreaux d'une part, contestant les trop grandes libertés laissées aux défenseurs syndicaux et de deux syndicats d'autre part, contestant au contraire les restrictions que ces textes introduisent.

1. L'intérêt pour agir de l'une de ces deux organisations syndicales, l'Union départementale des syndicats force ouvrière d'Indre-et-Loire est contestée par le ministre, compte tenu de la vocation locale de cette union. Mais par votre décision du 24 mai 2017,

¹ Ils n'étaient toutefois pas inconnus des textes : v. not. l'article R. 516-8 puis l'article R. 516-5 de l'ancien code du travail, devenu l'article R. 1453-2 du code du travail adopté en 2008.

² « L'avenir des juridictions du travail : vers un tribunal prud'homal du XXIème siècle », La documentation française, Juillet 2014.

Fédération des employés et cadres CGT FO n°392661 T. vous avez jugé qu'un syndicat professionnel pouvait agir contre un texte en se prévalant d'un intérêt collectif ne se limitant pas à celui de ses adhérents, y compris dans le cadre des unions syndicales, sauf stipulations contraires. Et s'il est vrai que les statuts de l'Union requérante la chargent seulement « *d'appliquer les décisions des congrès fédéraux dans le département* », nous n'y voyons pas de stipulation contraire au sens de cette jeune jurisprudence.

2. Deux moyens de légalité externe sont dirigés contre **l'ensemble du décret** mais ils peuvent être aisément écartés. D'une part, l'objet de ce texte est trop modeste pour être qualifié de « *réforme* » au sens de l'article L. 1 du code du travail. Il n'avait donc pas à suivre la procédure prévue par cet article ni celle de l'article L.2 qui lui est lié. D'autre part, si le décret ne prévoit pas toutes les modalités d'application de l'article législatif qui a institué les défenseurs syndicaux et notamment pas les modalités d'indemnisation des employeurs, il est constant que le pouvoir réglementaire n'est jamais tenu de prendre toutes les mesures d'application d'une loi en même temps.

3. Les critiques visent ensuite les dispositions du décret précisant que les défenseurs syndicaux exercent leurs **fonctions à titre gratuit** (art. D. 1453-2-1 et D 1453-2-6 du code du travail). Mais cette gratuité découle directement de la loi qui introduit, à l'article L. 1453-6 du code du travail, le principe du maintien de leur rémunération par l'employeur et celui du remboursement ce dernier par l'Etat, qui excluent toute rémunération par les personnes qu'ils assistent ou représentent.

4. La contestation porte ensuite sur le **principe de l'inscription des défenseurs syndicaux sur une liste régionale**. Mais le principe de listes régionales en fonction du lieu du domicile ou de l'activité professionnelle des intéressés vise à faciliter la bonne tenue des listes et la mise en œuvre des dispositions relatives au remboursement de leur rémunération. Le principe d'une liste établie par région ne méconnaît aucunement la liberté syndicale ou le principe d'égalité. Le fait que le décret ait confié cette tâche au préfet de région ne saurait en outre être regardé comme affectant les compétences qu'il tient de la loi n°72-619 du 5 juillet 1972 portant création et organisation des régions. Et le décret simple litigieux ne revient pas à ajouter les conseils de prud'hommes aux exceptions aux services à compétence régionale que le préfet dirige, ce qui aurait nécessité un décret en Conseil d'Etat. Ce groupe de moyen pourra donc être écarté également.

5. La question des conséquences tirées par le pouvoir réglementaire de l'établissement des listes au niveau des préfectures de région sur les **conditions d'exercice des défenseurs syndicaux** est beaucoup plus délicate et c'est la principale question posée par cette affaire. L'article D. 1453-2-4 du code du travail introduit par le décret litigieux dispose que en effet que : « *l'inscription sur cette liste permet l'exercice de la fonction de défenseur syndical dans le ressort des cours d'appel de la région* ». Elle impose donc aux défenseurs syndicaux de n'exercer qu'au sein de leur région d'inscription.

Précisons d'emblée que cette lecture est bien celle qu'il faut retenir des dispositions contestées. On aurait pu certes imaginer une faculté de multi-inscription sur plusieurs listes régionales, mais telle n'est pas la manière dont le texte est conçu. Sa lettre va dans le sens de l'inscription dans une seule région et cette intention est explicitée par la circulaire attaquée. Le ministre la maintient devant vous et il faut donc repartir de là.

5.1 Mais de quelle limitation géographique parle-t-on ? Le décret n'est pas très clair sur ce point puisqu'il se borne à mentionner le « *ressort des cours d'appel de la région* », ce qui autorise deux interprétations. Une première interprétation revient à lire la phrase comme incluant « *les ressorts des cours d'appel situés* » « é - s » ce sont les ressorts qui sont situés, *dans la région* ». Une seconde interprétation revient à lire la phrase comme se référant implicitement au siège des cours d'appel. Il faut alors la lire comme incluant les seuls « *ressort des cours d'appel dont le siège est situé dans la région* ».

Cette seconde interprétation aurait des effets absurdes du fait de l'absence d'identité des ressorts des cours d'appels et de ceux des régions administratives. Elle empêcherait ainsi par exemple des défenseurs syndicaux d'exercer auprès de certaines juridictions de leur région parce qu'elles relèvent d'une cour d'appel qui n'y a pas son siège.

Cette interprétation n'a jamais été envisagée par l'administration et elle pourrait être écartée en mobilisant divers arguments de texte : d'abord, on l'a dit, cette seconde interprétation suppose d'ajouter à l'alinéa des mots, sur la référence au siège de la cour, qui n'y figurent pas. Ensuite, l'alinéa suivant du même article, qui déroge à celui que vous avez à interprété, permet à un défenseur syndical ayant assisté une partie en première instance de suivre le dossier en appel même si la cour a son siège en dehors de la région. Or, cette dérogation ne peut avoir de réelle portée si l'on retient la seconde interprétation puisque dans celle-ci le défenseur syndical n'aurait pu de toute façon intervenir dans un conseil de prud'hommes relevant d'une cour d'appel qui n'aurait pas eu son siège dans la région. Enfin, l'article immédiatement précédent de celui que vous avez à interpréter retient que la liste des défenseurs syndicaux est tenue à la disposition du public dans chaque conseil de prud'hommes et dans les cours d'appel de la région, c'est à dire les juridictions qui correspondent à la première interprétation.

Nous pensons en réalité que vous pourriez tout aussi bien redresser cette rédaction défailante que l'annuler. Mais il s'agit d'une question secondaire par rapport à celle de savoir si le pouvoir réglementaire pouvait envisager dans son principe même une limitation régionale de l'exercice des défenseurs syndicaux et c'est cette question qu'il faut maintenant aborder.

5.2 La question vous est posée sur de très nombreux terrains : incompétence du pouvoir réglementaire, violation de la loi, méconnaissance de la liberté syndicale, du principe d'égalité des citoyens devant la loi et devant la justice, des droits de la défense et du droit à un procès équitable et erreur manifeste d'appréciation. Malgré leurs différences de nature, ces divers terrains vous amènent tous à vous poser en amont une question toute simple : est-il justifié ou non de prévoir une limitation régionale de l'exercice des défenseurs syndicaux ?

Les organisations syndicales critiquent une limitation qui n'existait pas auparavant et qui serait contradictoire avec les objectifs de la réforme, inspirée par le rapport Lacabarats, on l'a dit, et tendant à conforter et non à entraver l'activité des défenseurs syndicaux. Elles soutiennent aussi que cette limitation territoriale fragilise le défenseur syndical tout juste institutionnalisé en obligeant à en désigner dans toutes les régions, ce qu'elles ne pourront faire pour certaines ou avec la plus grande difficulté pour d'autres. Il en résulterait un éparpillement et un isolement des défenseurs dans les limites de leurs régions ainsi que des disparités d'accès des justiciables aux défenseurs syndicaux selon l'endroit du territoire où ils se trouvent. Cela créerait en outre des difficultés pratiques en cas de mutation/déménagement des défenseurs syndicaux en cours d'instance, de même qu'en cas de renvoi d'une affaire

après cassation, lorsque la cour de renvoi n'a pas son siège dans la région et que le défenseur n'était pas intervenu en première instance. Cette régionalisation nuirait également à une spécialisation nationale des défenseurs, notamment par branche et/ou en fonction de certains types de questions ou d'affaires prud'homales. Et tout ceci serait d'autant plus difficile à admettre que les avocats quant à eux, contrairement à ce que soutient le Conseil national des barreaux, ne sont plus astreints à des règles de postulation dans ces contentieux, ainsi que vous l'avez affirmé de concert avec la Cour de cassation (CE, 21 oct. 2016, W..., n°401741 ; Cass. avis n°17006 du 5 mai 2017, n°17-70.004). Il sera donc possible pour une entreprise qui dispose d'établissements sur l'ensemble du territoire de se faire toujours représenter par le même avocat alors que ce sera impossible pour les organisations syndicales qui souhaiteraient prêter leur concours aux salariés de cette même entreprise.

Ces nombreux arguments ne sont pas tous d'égale valeur mais ils pèsent assez lourds. Et le ministre ne les conteste pas réellement. Il se contente d'avancer des arguments favorables à la limitation régionale de l'exercice des défenseurs syndicaux mais qui sont largement inopérants.

Selon le ministre, l'établissement de listes régionales serait plus commode pour enregistrer les propositions d'inscription, assurer leur maintenance en cas de radiation, traiter les questions liées à la qualité de salarié protégé, suivre les questions financières liées à leur indemnisation ou faciliter la publication de la liste. Mais cette défense de pure gestion n'est utile que pour justifier du principe même d'une tenue régionale des listes, ce que l'on a déjà admis en écartant le moyen précédent. Elle est en revanche sans rapport direct avec la question de la limitation géographique de l'exercice des défenseurs syndicaux³.

En effet, la déconcentration de la gestion des listes au niveau des préfectures de région n'impliquait pas d'enfermer les défenseurs syndicaux dans leur région d'origine. Le pouvoir réglementaire, sans en avoir peut-être pleinement conscience, avait un véritable choix à faire sur ce second point et le Gouvernement peine à convaincre de sa rationalité aujourd'hui. Le lien allégué entre l'autorité qui tient la liste et le champ territorial où l'activité s'exerce, intellectuellement séduisant, n'est en rien nécessaire et le cas des avocats en est le meilleur exemple, puisque leur inscription dans un barreau aux contours territorialement étroit ne les empêche nullement de plaider en tous points du territoire dans les contentieux prud'homaux. Le fait, également avancé par le ministre, que les régions soient vastes n'est pas non plus déterminant, sauf peut-être pour les défenseurs syndicaux qui se trouvent au centre des régions. Mais pour tous les autres, qui seront les plus nombreux, les frontières régionales seront rapidement rencontrées et elles seront infranchissables. Il leur sera interdit de faire les quelques kilomètres qui les séparent d'un conseil de prud'hommes tout proche mais dans la région voisine, alors qu'ils seront autorisés à plaider à des centaines de kilomètres de là dans un conseil de prud'hommes à l'autre bout de la région, au seul motif qu'il s'agit de la même région administrative, ce qui est sans rapport avec leurs conditions d'exercice.

Il est ainsi très difficile de comprendre quel est le sens de cette restriction qui apparaît comme une anomalie flagrante. Plusieurs des moyens invoqués peuvent vous permettre de la saisir. Il vous faut donc choisir.

Le moyen d'incompétence du pouvoir réglementaire pour fixer cette limitation n'est pas inenvisageable. Le renvoi figurant dans la loi ne couvre à sa lettre que l'établissement de

³ Sauf peut-être s'agissant de l'affichage des listes dans les juridictions concernées, mais il s'agit d'un inconvénient tout à fait surmontable.

la liste par l'autorité administrative sur proposition des organisations syndicales et non celle des conditions d'exercice de l'activité. Le Premier ministre n'a certes pas besoin d'être habilité pour préciser les modalités d'application d'une loi mais c'est à la condition qu'il ne fixe aucune règle relevant du législateur en vertu de l'article 34 de la Constitution. Il est clair que la définition d'un champ d'exercice régional limite la liberté des intéressés qui était pleine et entière jusqu'ici. Mais compte tenu du financement public qui s'y attache et du fait qu'il ne s'agit ni du cœur de leur activité professionnelle ni du cœur de leur mandat syndical, vous pourriez hésiter à juger que cette restriction géographique affecte un principe fondamental du droit du travail ou de la liberté syndicale au sens de l'article 34.

Le moyen tiré d'une violation de la loi nous semble moins envisageable quant à lui compte tenu du silence du texte et des travaux préparatoires sur cette question précise.

Les moyens tirés d'une violation de la liberté syndicale, des droits de la défense, du droit à un procès équitable ou de l'égalité devant la justice ne nous semblent pas non plus les plus appropriés. Sur ce dernier point, il faut relever que le Conseil constitutionnel, auquel vous avez renvoyé une QPC sur la situation des défenseurs syndicaux par rapport aux avocats, a certes vérifié si le recours à l'un ou à l'autre présentait des garanties équivalentes en matière de secret professionnel et d'obligation de discrétion (2017-623 QPC du 7 avril 2017). Mais il nous semble que les différences de situation entre avocats et défenseurs syndicaux sont telles qu'il ne faut pousser trop loin ce type de comparaisons, comme vous l'avez vous mêmes admis à propos de leur rémunération en refusant cette fois de transmettre une autre QPC (6^{ème} CJS, 5 mai 2017, R..., n°401681).

Nous en venons au dernier terrain mais qui est aussi le premier auquel on pouvait penser compte tenu de ce que nous vous avons dit plus haut. Ce terrain, c'est celui de l'erreur manifeste d'appréciation. Il nous semble en effet le plus approprié compte tenu de la nature du problème identifié, c'est à dire l'absence de motifs de nature à justifier une règle posée par le pouvoir réglementaire qui ne se comprend pas d'elle même et pose de graves difficultés à ceux qu'elle vise. Non seulement l'argumentation du ministre ne permet pas de comprendre le choix qui a été fait mais on ne perçoit pas non plus d'autres arguments pour essayer de donner une justification raisonnable à cette mesure. On est donc face à une règle dont on ne voit pas la rationalité et ce, de manière suffisamment flagrante pour que vous puissiez la censurer pour erreur manifeste.

Si vous nous suivez pour annuler le décret sur ce point, vous n'aurez pas besoin de vous prononcer sur les contours précis de la délimitation des ressorts dont nous vous avons entretenus il y a quelques minutes et qui affecte les mêmes dispositions.

Si vous ne nous suivez pas pour retenir l'erreur manifeste d'appréciation quant au principe même d'une restriction géographique à l'exercice de l'activité des défenseurs syndicaux, nous pensons que vous ne seriez plus à un effort près et que vous pourriez redresser la rédaction du texte sur la délimitation précise des ressorts régionaux. Il nous semble en effet plus expédient de dire vous même tout de suite ce que le pouvoir réglementaire écrirait de toute façon pour rectifier son texte dans quelques mois. Ce serait à votre portée et de l'intérêt de toutes les parties prenantes.

Quel que soit le sens de votre décision, vous en tirerez aisément les conséquences sur la circulaire attaquée, compétemment prise par le directeur général du travail en vertu de la délégation de signature de plein droit dont il disposait, et qui se borne à expliciter dans ce

document les dispositions du décret sur le point litigieux. Si vous nous suivez pour annuler le décret sur la limitation régionale, vous annulerez aussi dans cette mesure la circulaire. Si vous ne nous suivez pas et rejetez les conclusions à fin d'annulation du décret, vous rejetterez aussi les conclusions dirigées contre cette circulaire.

PCMNC :

- à l'admission de l'intervention de la Fédération de l'éducation, de la recherche et de la culture CGT ;

- à l'annulation des mots « dans le ressort des cours d'appel de la région » du premier alinéa de l'article D. 1453-2-4 ainsi que du second alinéa du même article introduit dans le code du travail par le décret n° 2016-975 du 18 juillet 2016 sont annulés ;

- à l'annulation du point 3.4 de la circulaire du directeur général du travail du 18 juillet 2016 ;

- au rejet du surplus des conclusions d'annulation ;

- et au versement, par l'Etat à chacune des requérantes, d'une somme de 2 000 euros au titre des frais de procédure.