

N^{os} 406760, 408221, 408226
Syndicat CGT Goodyear Amiens
(usine Amiens nord) et autres

N^{os} 408379, 408450
CGT - FO

Syndicat CGT Goodyear Amiens
(usine Amiens nord) et autres

1^{ère} et 6^{ème} chambres réunies
Séance du 4 décembre 2017
Lecture du 7 décembre 2017

CONCLUSIONS

M. Charles TOUBOUL, rapporteur public

Drôle d'impression que celle que l'on éprouve en retrouvant ces deux mesures emblématiques de la loi « El Khomri ». Les accords de préservation ou de développement de l'emploi et le référendum d'entreprise ont en effet déjà été retouchés par les ordonnances du 22 septembre 2017 et ce sont elles qui occupent à présent le devant de la scène médiatique et contentieuse.

Les épisodes normatifs et contentieux sont un peu enchevêtrés mais ils ont le mérite d'être parfaitement symétriques sur ces deux mesures. C'est la raison pour laquelle nous vous présenterons des conclusions communes sur ces deux affaires, mêmes si nous ne vous proposerons pas de joindre pour statuer par une seule décision.

Les articles 21 et 22 de la loi du 8 août 2016 relatifs au référendum d'entreprise et aux accords de préservation ou de développement de l'emploi ont chacun donné lieu à un décret d'application fin décembre 2016. Ils ont l'un et l'autre été attaqués par plusieurs organisations syndicales. La CGT-FO a soulevé une QPC dans chacune des deux affaires, que vous avez décidé de renvoyer au Conseil constitutionnel le 19 juillet. Celui-ci a statué sur l'une et l'autre le 20 octobre. Sans attendre la décision du Conseil constitutionnel, la CGT Goodyear Amiens, qui avait elle aussi déposé un recours contre le décret d'application de chacune des deux mesures a soulevé sa propre QPC contre celles-ci, qu'il vous reste donc à examiner parallèlement aux conséquences à tirer des 1^{ères} QPC, soulevées par la CGT-FO.

Dernier trait commun aux deux affaires, les deux dispositifs législatifs ont donc été modifiés, par l'une des fameuses ordonnances « Travail » du 22 septembre dernier (Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective), nous y reviendrons. Précisons seulement ici qu'il n'en résulte aucun non lieu, les dispositions introduites par la loi « El Khomri » ayant trouvé à s'appliquer dans l'intervalle.

1. Commençons par les accords de préservation ou de développement de l'emploi qui n'ont pas tardé à être dénommés « APDE » pour faire court.

1.1 Depuis une vingtaine d'année, le législateur est intervenu pour permettre aux entreprises d'organiser les conditions de travail en leur sein par accord collectif dont les stipulations s'imposent à celles des contrats de travail. Les salariés restent libres de s'y opposer mais ils s'exposent alors à être licenciés dans les conditions prévues par la loi.

Les « APDE » introduits par la Loi El Khormi à l'article L. 2254-2 du code du travail ont eu pour objet de compléter la gamme de ces accords collectifs permettant d'ajuster l'organisation de l'entreprise. Les différents types d'accords existant pouvaient déjà toucher au temps de travail, à la mobilité interne ou même à la rémunération des salariés mais uniquement, dans ce dernier cas, pour faire face à des difficultés économiques. La réforme de 2016 a eu pour objet de permettre ces différentes modifications y compris pour « développer » l'emploi et plus uniquement pour le « préserver ». C'est ce qu'on appelle les « accords offensifs ».

1.2 Par votre décision du 19 juillet dernier, vous avez renvoyé au Conseil constitutionnel l'ensemble de cet article, en pointant le caractère sérieux du moyen tiré de ce que, lorsque plusieurs salariés refusent la modification de leur contrat de travail et que l'employeur n'en licencie que certains, la loi n'encadrerait pas le choix de l'employeur des salariés à licencier. Une fois porté devant le Conseil constitutionnel, le débat s'est étendu à bien d'autres questions et aspects du dispositif mais aucun n'a été censuré. Sa décision du 20 octobre (2017-665 QPC) se borne en effet à formuler une réserve d'interprétation sur le délai raisonnable à ne pas dépasser entre la date à laquelle le salarié refuse l'application de l'accord et celle à laquelle il peut être licencié pour ce motif.

Le Conseil constitutionnel n'a pas pour autant déclaré l'ensemble de l'article conforme à la Constitution. Seuls deux alinéas ont expressément été validés : celui relatif au motif spécifique que constitue le licenciement d'un salarié qui refuserait l'application de l'accord (2^{ème} al. du II) et l'autre renvoyant au décret la définition de la rémunération mensuelle que l'accord ne peut avoir pour effet de diminuer (dernier al. du III).

On peut rester un peu circonspect face à un tel dispositif. Comment en effet valider les deux modalités en cause, étroitement liées au mécanisme même de ces accords, sans au moins implicitement prendre parti sur le reste ? Mais quel est ce parti ? S'il n'a rien censuré d'autre n'est-ce pas qu'il n'avait pas de difficulté avec le système d'ensemble ? Mais s'il ne l'a pas pour autant validé, n'est-ce pas parce qu'il entendait prendre ses distances le reste du dispositif et se laisser toute liberté pour l'avenir ? Mais alors pourquoi n'en rien laisser paraître ? Le Conseil constitutionnel sait fort bien souligner ce qu'il n'a pas entendu juger dans ses décisions, par le biais du commentaire aux cahiers voire même parfois du communiqué de presse, comme il l'avait fait du reste sur la même loi El Khomri, lorsqu'il a rendu sa décision « DC »¹ en août 2016. Or ici, rien...

Mais le juge du filtre n'est pas la « Pythie du Temple de Monpensier » et il n'y a rien à déduire de ce qui n'a pas été jugé. La première QPC éclaire sans doute un certain nombre de points mais elle est neutre quant au sort à réserver à la seconde. Vous l'aborderez donc, comme toujours, uniquement pour ce qu'elle est et pour ce qu'elle vaut.

¹ V. la dernière phrase de son communiqué de presse du 4 août 2016 sur la décision 2016-736 DC.

1.3. Celle-ci conteste les APDE au regard de la liberté contractuelle d'une part et de l'incompétence négative, du principe de clarté de la loi et de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi d'autre part.

1.3.1 La critique fondée sur la liberté contractuelle, qui met en cause le principe même d'une remise en cause des contrats de travail par l'effet de l'accord, est la plus substantielle. La grille d'analyse appliquée par le Conseil constitutionnel est bien connue. Sa jurisprudence déduit de l'article 4 de la Déclaration de 1789, généralement combinée à l'article 16², que le législateur ne peut porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant.

L'objectif d'intérêt général des APDE a déjà été identifié par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 20 octobre 2017, qui a jugé qu'ils tendaient à « *favoriser la préservation et le développement de l'emploi en permettant aux entreprises d'ajuster leur organisation collective afin de garantir leur pérennité et leur développement* ».

Reste la proportionnalité. La CGT Goodyear concentre ses critiques sur deux aspects.

1.3.1.1 En premier lieu, le législateur n'aurait pas suffisamment défini le domaine des accords. Selon la requérante « *tout accord collectif poursuit une finalité de préservation ou de développement de l'emploi* » de sorte qu'il n'y aurait en réalité aucune limitation.

Mais, d'une part, le Conseil constitutionnel n'exige pas nécessairement que ce type d'accord se limite à un domaine ou à des situations spécifiques. C'est ainsi, par exemple, qu'il a validé les accords de modulation de la loi dite « Warsmann » sans rechercher si le recours à ce type d'accord était circonscrit à des cas particuliers (2012-649 DC du 15 mars 2012).

D'autre part, à considérer qu'une telle limitation soit nécessaire, on ne peut suivre la requérante dans l'idée qu'ici, il n'y en aurait aucune. Nombreux sont les accords collectifs qui ne concernent pas directement la préservation ou le développement de l'emploi, notamment ceux qui organisent la sécurité ou la santé au travail. La préservation et le développement de l'emploi ne sont pas des termes à ce point galvaudés que tout accord collectif serait forcément relatif à ces objets.

C'est d'autant plus vrai que la loi oblige à faire figurer dans l'accord, à peine de nullité, un préambule mentionnant ses objectifs en matière de préservation ou de développement de l'emploi. Et, comme souvent s'agissant des obligations de forme, il s'agit de veiller à l'effectivité d'une obligation de fond, en l'occurrence celle imposant à ces accords d'avoir pour objet la préservation ou le développement de l'emploi, nous y reviendrons. Il y a donc bien, en tout état de cause, une limitation du champ de ce type d'accord.

1.3.1.2 En second lieu, le législateur autoriserait une substitution de l'accord aux stipulations des contrats de travail plus directe ou massive que jamais.

Mais il n'y a pas de réelle innovation avec les APDE par rapport à ce que le législateur a déjà imaginé dans le passé, sans s'attirer les foudres du Conseil constitutionnel pour filer la métaphore mythologique. On a déjà mentionné les accords de modulation de la loi Warsmann

² V. néanmoins pour une décision récente, faisant l'économie de cette seconde base textuelle : 2017-752 DC du 8 septembre 2017.

que le Conseil constitutionnel a validé sur le terrain de la liberté contractuelle. Mais il y a aussi les accords de mobilité interne (AMI) de la loi de sécurisation du 14 juin 2013 qui prévoit la suspension des clauses du contrat de travail et ouvre la voie à un licenciement en cas de refus du salarié (2013-647 DC du 13 juin 2013 validés sur d'autres terrains mais qui amenaient à se poser les mêmes questions). Et sa jurisprudence la plus récente confirme cette approche (sans même avoir à ré-évoquer les motifs de la décision de la première QPC). La décision rendue le 7 septembre sur l'habilitation Travail autorisant le Gouvernement à harmoniser les règles concernant les différents accords du type des APDE a montré que le Conseil constitutionnel n'y voyait aucune difficulté de principe (2017-751 DC du 7 septembre 2017 parlant à leur propos d'accords de compétitivité).

Et indépendamment de cette jurisprudence globalement compréhensive, le législateur « El Khomri » s'est montré précautionneux avec les APDE. La rémunération mensuelle du salarié ne peut être modifiée (contrairement à ce qui résulte d'ailleurs de l'ordonnance du 22 septembre prise sur le fondement de l'habilitation précitée, fixant pour seul plancher le SMIC ou le salaire minimum conventionnel³). Le préambule de l'accord doit en outre préciser les modalités selon lesquelles est prise en compte la situation des salariés invoquant une atteinte disproportionnée à leur vie personnelle et familiale. Il doit aussi préciser les modalités de son application et de son suivi. L'accord est en outre conclu pour une durée limitée (qui est en principe de cinq ans).

Il convient enfin de ne pas perdre de vue que cet accord, comme tous les accords depuis l'intervention de la même Loi El Khomri doit être un accord majoritaire, c'est-à-dire avoir recueilli l'accord d'organisations représentatives représentant plus de 50% des suffrages aux élections professionnelles. C'est encore là la plus solide des garanties, non seulement pour les accords défensifs que l'on connaissait déjà avant les APDE mais plus encore pour les accords offensifs qui sont leur principale innovation. On n'imagine pas en effet les organisations syndicales signer des accords emportant de lourds sacrifices pour les salariés si les objectifs de développement de l'emploi n'étaient pas crédibles ni les moyens pour y parvenir strictement nécessaires. La loi précise d'ailleurs que l'accord ne peut être négocié qu'après transmission aux organisations syndicales de tous les éléments permettant l'établissement d'un diagnostic partagé entre elles et l'employeur. C'est un gage de sérieux de l'accord et de proportionnalité des effets que ses stipulations pourront avoir sur les contrats de travail. La question de l'atteinte disproportionnée à la liberté contractuelle ne nous semble donc pas sérieuse s'agissant de ces dispositions du code du travail dans leur rédaction issue de la loi El Khomri, seule ici en litige.

1.3.2 Pour les mêmes raisons que celles que nous venons de mentionner, vous pourrez, en tout état de cause, c'est à dire sans prendre parti sur l'opérance de ces différentes critiques, écarter la contestation fondée sur l'absence de clarté de la loi, l'incompétence négative du législateur et la méconnaissance de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, qui ne sont pas fondés.

Au vu de l'ensemble de ces éléments, nous pensons qu'il n'y a pas lieu de transmettre de nouveau au Conseil constitutionnel l'article L. 22542 du code du travail, en tout cas au vu de la QPC soulevée ici par la CGT Goodyear Amiens et autres.

³ I de l'art. L. 2254-2 du code du travail dans sa rédaction issue de l'article 3 de l'ordonnance du 22 septembre précitée.

1.4. Si vous nous suivez, vous pourrez alors statuer sur les recours pour excès de pouvoir introduits contre le décret d'application de ces dispositions législatives.

1.4.1 Les moyens de légalité externe ne vous retiendront guère.

Un premier moyen reproche au Premier ministre d'avoir excédé sa compétence et méconnu l'article L. 2254-2 du code du travail en prévoyant qu'en l'absence de réponse dans le délai d'un mois à compter de son information par l'employeur, le salarié est réputé avoir accepté l'application de l'accord à son contrat de travail. Mais le III de cet article législatif renvoie à un décret la définition des modalités selon lesquelles les salariés font connaître leur refus, ce qui habilitait le pouvoir réglementaire à prévoir une acceptation implicite, qui est en outre nécessaire pour ne pas rester prisonnier des stratégies d'évitement. Vous écarterez donc ce premier moyen.

Un deuxième moyen soutient que l'article L. 1 du code du travail imposant une concertation préalable avec les organisations syndicales de salarié et d'employeurs sur tout projet de réforme portant sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle aurait été méconnu. Mais ce moyen est inopérant s'il devait être lu comme dirigé contre la loi et il l'est également en tant qu'il l'est contre le décret qui ne saurait à lui seul être regardé comme introduisant une « réforme » au sens de ces dispositions.

Les autres moyens de légalité externe tirés de ce que le décret empiéterait pour partie sur la compétence du législateur et aurait été adopté sans que soient respectées les formalités, procédures et consultations préalables requises ne sont pas assortis des précisions permettant d'en apprécier le bien fondé.

1.4.2 Les moyens de légalité interne sont plus substantiels, tout du moins sur le terrain de la conventionnalité.

1.4.2.1 La requête soulève en effet une contestation fondée sur la Convention n° 158 de l'OIT de 1982 sur le licenciement, qui encadre les motifs du licenciement à son article 4, garantit le droit à un recours à son article 8 et ménage une charge de la preuve favorable au salarié à son article 9.

Vous avez déjà admis implicitement par votre décision de Section du 19 octobre 2005 CGT et autres, n° 283471 rec. rendue sur le contrat nouvelle embauche, que les stipulations des articles 4, 7 (sur la procédure préalable au licenciement) et 8 sont d'effet direct⁴. Vous pourrez l'admettre aussi pour l'article 9 qui est complémentaire et suffisamment précis pour s'y prêter⁵. Et nous pensons, contrairement à ce que vous aviez alors retenu au sujet du contrat nouvelles embauche pour lequel vous aviez admis que l'application de la convention soit temporairement écartée compte tenu des publics visés (mais les institutions de l'OIT avaient plutôt statué en sens inverse⁶), que ces stipulations sont bien applicables aux dispositions aujourd'hui attaquées.

⁴ La chambre sociale de la Cour de cassation l'a déjà admis pour sa part en ce qui concerne l'article 1^{er}, le b du § 2 de l'article 2 et l'article 11 (Cass. soc. 29 mars 2006, n°04-46.499 au Bull) ainsi que pour l'article 4 (1^{er} juillet 2008, 07-44.124 au Bull.).

⁵ Il n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre Etats et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers, conformément à la grille d'analyse issue de la jurisprudence d'Assemblée 11 avril 2012 GISTI et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement, 322326 Rec.

⁶ Points 72 et 76 du rapport du Comité chargé d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par la France de plusieurs conventions, dont la convention n°158 sur le licenciement.

La requérante adresse deux séries de critiques au dispositif.

En premier lieu, en érigeant en motif réel et sérieux de licenciement par détermination de la loi, le fait pour le salarié de refuser de voir l'accord appliqué aux stipulations du contrat de travail, la loi méconnaîtrait l'article 4 de la convention aux termes duquel « *Un travailleur ne devra pas être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service* ».

Mais les accords de préservation ou de développement de l'emploi sont bien liés aux nécessités du fonctionnement de l'entreprise, soit pour prévenir des difficultés de celle-ci ou en tirer les conséquences - c'est la préservation de l'emploi et les accords défensifs - soit pour améliorer le fonctionnement de l'entreprise et lui permettre de croître - c'est le développement de l'emploi et les accords offensifs. C'est cet ajustement de « *l'organisation collective de l'entreprise* », pour reprendre les termes employés par le Conseil constitutionnel dans sa décision précitée, que le législateur a entendu faciliter avec la création de cette catégorie d'accords. Le licenciement auquel aboutit le refus du salarié de voir l'accord appliqué à son contrat de travail se rattache donc bien à l'un des cas de figure - qui est le même que celui des licenciements pour motif économique qui en constitue une autre sous-catégorie - mentionné par l'article 4 de la convention. Cette première branche du moyen n'emporte donc pas la conviction.

En second lieu, le législateur aurait empêché le juge de procéder à un contrôle du bien fondé du licenciement au mépris de l'article 8 de la convention et au salarié d'apporter la preuve de l'absence de justification de ce licenciement, en méconnaissance de son article 9.

Mais le fait que le législateur reconnaisse le refus de voir appliquer l'accord comme un motif réel est sérieux n'empêche nullement un contrôle du bien fondé du licenciement par le juge, ni le mode de preuve favorable prévu par la convention. Il y aura en effet lieu, en toute hypothèse, de vérifier que les conditions prévues au II de l'article L. 2254-2 sont réunies comme l'a affirmé le Conseil constitutionnel dans sa décision du 20 octobre 2017 précitée.

Et la première des conditions est bien sûr d'avoir refusé l'application à son contrat de travail d'un accord tel que l'a voulu le législateur au I de l'article - auquel le II se réfère - et qui en fixe, avec le III du même article, les conditions de fond et de forme. Le législateur a en effet voulu réputer cause réelle et sérieuse le refus d'appliquer un accord répondant aux conditions qu'il a fixées, et non permettre sans discussion le licenciement de salariés qui auraient refusé un accord ne respectant aucunement ces conditions légales. La doctrine a pu s'interroger sur ce point mais nous n'avons pour notre part aucun de doute qu'il y a place, dans le contentieux du licenciement du salarié refusant l'application d'un accord, pour un contrôle de l'existence et de la validité de l'accord lui-même. Et la jurisprudence judiciaire sur les dispositifs antérieurs est également en ce sens (v. not. à propos des accords de réduction du temps de travail de la Loi Aubry II Cass. soc. 15 mars 2006, 03-48.027 au bull. ; ou encore, sur les accords de modulation, Cass. soc., 23 septembre 2009, 07-44.712, au bull).

Mais il y a plus. Nous pensons que lorsque tous les salariés refusant la modification de leur contrat de travail ne sont pas licenciés et que l'employeur a été amené à faire un choix entre eux, il y aura place aussi pour un contrôle juridictionnel de ce choix. Vous retrouvez là la question qui vous avait déterminé à renvoyer la première QPC au Conseil constitutionnel. Celui-ci, vous l'avez noté, n'y a pas vu de difficulté au regard des normes de références dont

il était saisi. Au regard du principe d'égalité, il observait, dans son commentaire aux cahiers, que « *La différence de traitement éventuelle [entre salariés ayant refusé l'accord] n'[était] pas le fait de la loi, mais, le cas échéant, celui de l'employeur* ». Quant à l'incompétence négative et au droit à l'emploi, il a seulement formulé une réserve d'interprétation pour exiger que le licenciement intervienne dans un délai raisonnable après le refus du salarié, afin d'éviter que le droit de l'employeur de le licencier pour ce motif ne devienne, des années durant, une sorte d'« épée de Damoclès ». La Grèce antique, encore.

Ces constats, propres au champ constitutionnel, n'épuisent pas la question sur le terrain conventionnel. La convention 158 de l'OIT impose que le licenciement puisse faire l'objet d'un contrôle effectif et nous pensons qu'il pourra porter sur le choix de l'employeur de licencier certains salariés et pas d'autres. La jurisprudence de la Cour de cassation tend d'ailleurs à exiger de l'employeur qu'il justifie de critères objectifs dans ce type de choix et à appliquer le principe d'égalité lorsque l'employeur n'est pas tenu à un ordre de licenciement (v. p.ex. en matière de plans de départ volontaires, respectivement : Cass. soc. 11 oct. 2005, n° 03-44.985 et 12 juillet 2010, n° 09-15.182 au bull).

Concrètement, nous pensons que le juge pourra exiger de l'employeur les éléments nécessaires pour contrôler le caractère objectif des raisons, pouvant tenir y compris à la nature des postes occupés et à la difficulté à remplacer les salariés les occupant, l'ayant conduit à procéder à ces licenciements et vérifier que ceux-ci ne sont pas fondés sur des motifs, tels les motifs discriminatoires cités à l'article 5 de la convention, qui seraient étrangers aux nécessités du fonctionnement de l'entreprise.

Certes, que ce soit sur la validité de l'accord ou sur le choix des salariés à licencier, les marges laissées par les textes sont importantes et le juge ne pourra s'aventurer dans un contrôle trop minutieux. Mais tout ceci va tout de même bien au delà du contrôle de papier que redoutent les organisations requérantes. Et nous pensons qu'au bénéfice de cette interprétation, qui nous semble équilibrée des dispositions législatives contestées au regard des exigences de la convention 158 de l'OIT, vous pourrez écarter les griefs d'inconventionnalité ici articulés.

1.4.2.2 Il ne vous restera plus qu'à examiner les moyens qui s'inscrivent dans le prolongement du débat de constitutionnalité sur la détermination de la rémunération mensuelle à laquelle l'accord ne peut déroger. Mais vous pourrez ne pas vous y attarder.

Répondant au moyen tiré d'une incompétence négative du législateur qui avait renvoyé au décret sur cette question, le Conseil constitutionnel a jugé qu'en se référant à la notion de « rémunération mensuelle », le législateur avait entendu renvoyer à la définition de la rémunération figurant à l'article L. 3221-3 du code du travail incluant le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous les autres avantages et accessoires payés en raison de l'emploi du salarié. Vous pourrez engranger cette interprétation pour répondre aux critiques adressées au décret sur ce point. On ajoutera, pour faire reste de droit, que l'article D. 2254-1 qu'il introduit dans le code n'est pas en contradiction avec cette interprétation, même s'il se réfère quant à lui à la définition de la rémunération au sens du code de la sécurité sociale, puisque l'article L. 242-1 de ce code se combine sans difficulté avec celle du code du travail.

Nous pensons donc que vous pourrez rejeter les requêtes sur le décret d'application de la loi El Khomri sur les accords de préservation ou de développement de l'emploi.

2. Nous en venons maintenant à l'autre affaire : celle sur le référendum d'entreprise.

2.1 Il s'agit, avec ce référendum, de consulter directement les salariés sur des accords signés par des organisations syndicales représentatives ayant recueilli au moins 30% des suffrages aux élections professionnelles sans qu'il ait été possible d'en convaincre d'autres pour franchir le seuil des 50% nécessaire à la validation de l'accord.

C'est une forme de « démocratie sociale directe » subsidiaire par rapport à la « démocratie sociale représentative » qui reste le principe. Le décret d'application attaqué par la voie du REP et sur lequel la CGT-FO a pris appui pour soulever sa première QPC fixe les modalités d'organisation de la consultation.

2.2 Cette QPC, que vous avez renvoyée le 19 juillet, portait justement sur ces modalités d'organisation du scrutin que le législateur avait renvoyées, pour les entreprises dotées de délégués syndicaux, à un protocole conclu entre les seules organisations signataires de l'accord devant être soumis à la consultation et, pour les autres entreprises, au pouvoir réglementaire.

2.2.1 Par sa décision du 20 octobre (2017-664) le Conseil constitutionnel a validé la loi sur le second point (article L. 2232-21-1 ; art. L. 2232-27) mais pas sur le premier et il a censuré le choix du législateur de limiter aux seules organisations ayant conclu l'accord devant être soumis à la consultation le soin de conclure le protocole fixant les modalités d'organisation de celle-ci (4^{ème} alinéa de l'article L. 2232-12 du code du travail et L. 514-3-1 du code rural et de la pêche maritime) et ce, sur le terrain du principe d'égalité.

Cette censure reste donc sans conséquence pour le décret du 18 décembre 2016 attaqué⁷ en tant qu'il s'applique aux entreprises non dotées de délégués syndicaux. Mais qu'en est-il en tant qu'il s'applique aux autres ?

Il faut, là encore, se pencher de plus près sur le dispositif de la décision du Conseil constitutionnel. Au lieu de censurer cette restriction du périmètre de la négociation qui tenait aux seuls mots : « *conclu entre l'employeur et les organisations signataires* », c'est l'alinéa entier prévoyant l'existence même du protocole qui a été censuré. Il ne s'agit pas d'une erreur de plume, mais d'une volonté du juge constitutionnel qu'il a explicitée dans son commentaire aux Cahiers en indiquant - nous le citons - qu' : « *il résulte de cette censure qu'il est loisible au législateur, s'il choisit de légiférer en ce domaine, de prévoir qu'aucune organisation syndicale n'est appelée à conclure un protocole fixant les modalités d'organisation d'une consultation aux fins de validation d'un accord collectif mais que s'il prévoit un tel protocole, il ne saurait discriminer entre les organisations syndicales, dans l'appel à le conclure, selon qu'elles ont ou non signé l'accord soumis à consultation* ».

En première analyse, ce sont donc toutes les dispositions du décret qui se réfèrent au protocole qui doivent en principe être censurées comme désormais privées de base légale.

2.2.2 Il se trouve qu'avant même la déclaration d'inconstitutionnalité, ces dispositions ont été modifiées par l'ordonnance du 22 septembre 2017 : le choix a alors été fait de

⁷ Les dispositions qu'il a introduites ont été modifiées par le décret n°2017-1551 du 10 novembre 2017 mais seulement pour y substituer de nouvelles références à la suite des modifications introduites par l'ordonnance du 22 septembre 2017.

maintenir un protocole à conclure avec des organisations représentant 30% des voix mais sans limiter sa négociation au cercle de celles qui avaient conclu l'accord objet de la consultation. Ces dispositions sont entrées en vigueur dès le lendemain de leur publication soit, avant même que le Conseil constitutionnel ne censure les dispositions antérieures.

Pourrait-on imaginer sauver les dispositions du décret se référant au protocole au bénéfice de cette sorte de substitution de base légale ?

Ce serait tentant, surtout si l'on considère, d'une part, que la lettre la déclaration d'inconstitutionnalité prononcée par le juge constitutionnel énonce, classiquement, qu'elle prend effet à la date de sa décision, donc ici après l'entrée en vigueur de l'ordonnance ayant déjà modifié le texte et, d'autre part, que si le Conseil constitutionnel a toujours la faculté « *de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration* » la décision est muette sur ce point.

Mais telle ne peut être la portée de cette décision, qui doit - tout aussi classiquement - bénéficier au requérant, même dans le silence de la déclaration d'inconstitutionnalité. Et vous ne retenez une interprétation différente que lorsque le Conseil constitutionnel a usé de la faculté qui lui appartient de différer les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité (14 nov. 2012, Association France Nature Environnement Réseau Juridique, n°340539 B). Par ailleurs, nous sommes ici dans un recours pour excès de pouvoir contre l'acte initial et non face à un recours contre un refus d'abroger qui aurait pu être valablement refusé si l'illégalité avait disparu à la date de ce refus (v. pour ce dernier cas de figure : 20 mars 2017, Section française de l'Observatoire international des prisons, n°395126 T.). Ce rétablissement de la base légale du décret postérieurement à sa signature ne peut donc permettre d'éviter l'annulation de toutes les dispositions liées aux dispositions législatives censurées par le Conseil constitutionnel.

2.3 Mais il faut se poser aussi la question inverse : ne faudrait-il pas faire tomber l'entier décret plutôt que les seules dispositions relatives au protocole ?

Trois raisonnements pourraient vous conduire : 1. le décret aurait perdu sa base légale ; 2. les dispositions censurées seraient indivisibles des autres ; 3. ce qui resterait serait insuffisant. Mais nous ne vous proposerons pas de les retenir.

Premièrement, nous ne pensons pas que le décret ait perdu sa base légale pour les entreprises concernées. Ce constat nous semble en réalité largement découler de la position prise par le Conseil constitutionnel, telle qu'éclairée par le commentaire aux cahiers, maintenant dans la loi le principe du référendum dans ces entreprises tout en regardant l'intervention du législateur sur ses modalités d'organisation comme facultative. Il en résulte que le législateur aurait pu ne rien en dire et que c'est le pouvoir réglementaire qui se serait alors trouvé investi de la compétence pour fixer seul ces modalités. Cela ne signifie pas que celui-ci aurait pu de lui-même renvoyer à un protocole, ce choix là ne pouvant être fait que par le législateur (not. CE, 3 octobre 1969, B..., n° 70799), mais qu'il pouvait comme il l'a fait fixer ces modalités indépendamment d'un renvoi au protocole. Le Premier ministre pouvait sans doute le faire directement en vertu de l'article 21 de la Constitution mais il se trouve que le législateur a procédé à un renvoi global au décret pour fixer les modalités d'application des articles concernés, qui ne sont pas affectés par la décision du Conseil constitutionnel. Il n'y a donc pas d'obstacle à une censure chirurgicale du décret au regard de ce premier raisonnement, fondé sur la base juridique du décret.

Deuxièmement, nous ne pensons pas qu'il y ait lieu ici de regarder les dispositions censurées comme indivisibles de celles qui pourraient survivre. L'approche de la divisibilité reste largement casuistique même si les conclusions de J-Cl Bonichot sur l'affaire d'assemblée du 3 juillet 1998 Syndicat national de l'environnement CFDT et autres, n°177248 rec. livrent une méthode synthétique et éclairante. Il y indiquait en effet que : « *tout au moins pour les actes réglementaires, vous retenez (...) une conception objective de la divisibilité. Peu importent les intentions des auteurs du décret ; la seule question à se poser est celle de savoir si, amputé de sa partie illégale le règlement conserve un objet et une cohérence. C'est à dire s'il tient debout sans cette partie* ».

En l'espèce, il est certain que la censure fera perdre un peu de son harmonie au décret, qui traitera de manière plus précise les entreprises non dotées de délégués syndicaux que les autres. Mais pas au point de considérer qu'il ne tiendrait plus debout. Nous pensons donc qu'il n'y a pas de contre-indication à la chirurgie au vu de ce second raisonnement, sur la divisibilité.

Troisièmement et sur un plan assez proche du précédent, nous ne pensons pas les dispositions restantes après censure seraient trop faibles ou entachées d'une incompétence négative ou de toute autre forme d'illégalité « en tant que ne pas ». De telles questions ne peuvent se poser selon nous à propos d'un décret que dans les cas où des normes supérieures, légales, internationales ou constitutionnelles, imposent au pouvoir réglementaire de prévoir certaines garanties. Dans les autres cas, vous admettez avec constance que celui-ci n'est pas tenu de prendre toutes les mesures d'application de la loi en même temps. Vous avez même jugé que l'intervention d'un texte réglementaire incomplet ou parcellaire empêchant l'entrée en vigueur du dispositif pour les besoins duquel il était pris n'était pas, en tant que telle, de nature à le faire regarder comme illégal (10 avril 2015, Centre médical chirurgical obstétrical de la Côte d'Opale n°378511). Au vu de cette jurisprudence, on peut même se demander si la condition d'un texte « *qui se tient debout* » évoquée par J-Cl. Bonichot conserve encore toute sa force. Quoiqu'il en soit, il s'agit sans doute d'une analyse à conduire au cas par cas et dans notre cas de cet après-midi, nous ne voyons aucune difficulté à maintenir les dispositions après avoir perdu celles liées au protocole.

Il demeurera en effet dans le décret que c'est à l'employeur de fixer les modalités d'organisation concrète de la consultation, disposition qui permet de comprendre « qui fait quoi », maintenant que le protocole n'est plus. Le dispositif est donc opérationnel.

La censure la plus substantielle sera en réalité celle l'article D. 2232-3 qui précisait quels aspects devaient être précisés par le protocole ou, dans les entreprises où il n'avait pas à être conclu, par l'employeur. Il renvoyait à ceux-ci : « *1° Les modalités de transmission aux salariés du texte de l'accord ; / « 2° Le lieu, la date et l'heure du scrutin ; / « 3° L'organisation et le déroulement du vote ; / « 4° Le texte de la question soumise au vote des salariés* ». Comme on le voit, le décret ne fixait pas lui-même ces éléments et se bornait à en mentionner l'existence et il s'agissait d'éléments de bon sens, qui auraient dû être fixés en tout état de cause par l'organisateur de la consultation, de sorte que le dispositif ne souffre d'aucun manque à perdre ces indications qui s'imposaient d'elles-mêmes.

Et si vous aviez le moindre doute à cet égard, la solution ne serait pas d'en déduire la nécessité d'annuler l'entier décret mais de vous autoriser à faire de la micro-chirurgie sous coelioscopie, en ne censurant l'article en cause qu'en tant qu'il se réfère, pour les entreprises concernées, à un protocole, laissant ainsi survivre cette liste de choses à faire à la charge, dans

tous les cas, de l'employeur.

Nous pensons donc que vous pourrez maintenir les dispositions du décret qui ne se réfèrent pas au protocole. Si vous ne nous suivez pas et estimiez devoir annuler l'entier décret à la suite de cette première QPC, nous pensons qu'il vous suffirait de faire droit aux conclusions d'annulation totale de la CGT-FO et de constater le non-lieu à statuer sur les deux autres requêtes, ce qui priverait d'objet la seconde QPC soulevée par la CGT Goodyear et autres (v. sur le principe selon lequel le non lieu prime le renvoi de la QPC : par analogie, 4 février 2013, L..., n°362163 T.).

Si, au contraire, vous nous suivez sur l'option chirurgicale, il vous restera à examiner les autres moyens des requêtes et, en particulier cette seconde QPC.

2.4 De nombreux griefs sont articulés à son appui mais sans convaincre.

2.4.1 Le premier grief est dirigé contre les dispositions du premier alinéa de l'article L. 2232-12 subordonnant la validité d'un accord d'entreprise ou d'établissement à sa signature par l'employeur et par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés ayant recueilli plus de 50% des voix.

Il est soutenu que, dès lors que le calcul du seuil de 50% est réalisé en tenant compte des seules organisations représentatives au sens de l'article L. 2122-1 du code, c'est à dire celles qui ont recueilli au moins 10% des voix aux élections professionnelles, les accords ne seraient pas réellement majoritaires. Il est pris pour exemple les situations de forte dispersion des voix où une seule organisation aurait franchi le seuil de 10 %, ou bien, où seules deux organisations y seraient parvenues, l'une avec 12% et l'autre avec 11% des voix. Des organisations représentant respectivement 10% dans le premier exemple ou 12% dans le second pourraient ainsi signer seules des accords dits « majoritaires ».

Mais le décret ici attaqué ne régit que les situations où, par définition, le seuil de 50% mentionné au premier alinéa de l'article L. 2232-12 du code du travail n'est pas atteint, puisque si c'était le cas, il ne serait ni besoin ni possible d'organiser un référendum d'entreprise.

Vous constaterez donc que cette argumentation vise une disposition législative - le premier alinéa de l'article-, qui n'est pas applicable au litige.

2.4.2 Un deuxième grief porte sur le principe même du référendum d'entreprise auquel il est reproché de contourner les organisations syndicales, en méconnaissance du principe de participation et de la liberté syndicale garantis par le Préambule de 1946.

Mais le Conseil constitutionnel a récemment confirmé, à propos de la loi d'habilitation autorisant notamment le Gouvernement à modifier par ordonnance les modalités d'organisation de ce référendum que : *« Si ces 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 ne leur attribuent pas pour autant un monopole de la représentation des salariés en matière de négociation collective »* (2017-751 DC du 7 septembre 2017, reprenant sa décision 96-383 DC du 6 novembre 1996). Pour écarter les griefs dont il était saisi à propos de ce dispositif futur, le Conseil constitutionnel a également relevé que ces référendums portaient sur des accords « déjà conclus » par des

organisations représentatives, ce qui est bien sûr le cas aussi des dispositions antérieures issues de la loi Travail dont vous êtes saisis par cette seconde QPC.

En outre, la loi a prévu un délai de 8 jours pour permettre aux organisations syndicales qui n'auraient pas signé le premier accord de s'y rallier afin d'éviter la consultation. Comme nous l'avons indiqué en commençant, ce mécanisme de « démocratie sociale directe » est donc bien subsidiaire par rapport à la « démocratie sociale représentative ». Ces griefs articulés ne sont pas sérieux.

2.4.3 Divers aspects du dispositif législatif sont critiqués sur le terrain de l'incompétence négative du législateur affectant, selon les requérants, la liberté syndicale et le principe de participation, mais sans davantage convaincre.

Ceux-ci dénoncent d'abord « une lacune législative » dans le fait d'ouvrir la possibilité de recourir au référendum d'entreprise pour des accords ayant recueilli d'adhésion d'organisations représentant 30% des voix, ce qui dissuaderait l'employeur de rechercher « loyalement » l'assentiment d'autres organisations pour franchir avec elles le seuil de 50%. Mais l'employeur ne pourra initier seul la consultation des salariés puisque c'est aux organisations signataires de la proposer. Et le délai de 8 jours ouvert par la loi pour tenter de recueillir les signatures manquantes démontre que le législateur a bien cherché à inciter à un accord majoritaire avec les organisations. Il ne faut pas non plus mésestimer le fait qu'un référendum est une procédure lourde et au résultat aléatoire pour l'employeur autant que pour les organisations signataires. Il ne s'agit pas de l'expédient auquel on cherche parfois à le réduire et l'employeur comme les organisations signataires n'auront pas nécessairement intérêt à se confronter au suffrage direct des salariés. Quant à la loyauté de la négociation préalable, elle n'avait pas à être spécialement mentionnée dans la loi, le juge exerçant au besoin, même sans texte, un contrôle inspiré de cette exigence (v. p. ex. Cass. soc. 10 oct. 2007 n° 06-42.721, Bull ; CE, 26 oct. 1998, Fédération nationale des industries chimiques CGT n°64675, 4 juillet 2012, Fédération nationale des transports routiers, n°337698, rec.)

Il est encore reproché au législateur de ne pas avoir précisé l'objet de la consultation et la manière de poser la question. Mais la loi a bien prévu que la consultation avait pour objet la validation de l'accord. Et le Conseil constitutionnel l'a confirmé en examinant la première QPC en écartant le moyen tiré d'une éventuelle incompétence négative du législateur sur ce point au motif que la consultation devait porter sur l'accord et que la loi ne permettait pas que soient fixées des modalités d'organisation de la consultation susceptibles d'en affecter la sincérité.

Il est aussi reproché au législateur de ne pas avoir suffisamment précisé ce que serait le corps électoral de ces consultations. Mais c'est inexact : la loi détermine les salariés participant à la consultation par un double critère de présence dans l'un des établissements couverts par l'accord et d'électorat dans l'entreprise au sens des articles L. 2314-15, L. 2314-17 à L. 2314-18 du code du travail et elle n'avait pas à en dire plus sur la notion d'établissement.

2.4.4 Ces différentes dispositions ne comportent pas enfin d'imprécision ou d'obscurité qui conduirait à les regarder comme méconnaissant l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la norme, ceci dit « en tout état de cause » car l'invocabilité de cet objectif de valeur constitutionnelle reste un peu chancelante en QPC comme vous le savez.

Si vous nous suivez, vous jugerez qu'il n'y a pas lieu de transmettre au Conseil constitutionnel cette seconde QPC et vous pourrez refermer le débat de constitutionnalité sur ces dispositions relatives au référendum d'entreprise tout du moins pour les besoins du jugement des REP dont vous êtes saisis visant leur décret d'application.

2.5. Il vous restera à examiner les moyens de légalité portant sur les dispositions que vous n'aurez pas encore regardées comme privées de base légale à la suite de la 1^{ère} QPC.

2.5.1 Les deux moyens de légalité externe peuvent être aisément écartés. Celui tiré de ce que le décret n'aurait pas été précédé d'une concertation au sens de l'article L.1 du code du travail est inopérant, le décret ne pouvant en tant que tel être regardé comme une réforme au sens de ces dispositions législatives. Quant aux moyens tirés de ce que le décret empièterait pour partie sur la compétence du législateur et aurait été adopté sans que soient respectées les formalités procédures et consultations préalables requises, ils ne sont pas assortis des moyens permettant d'en apprécier le bien-fondé.

2.5.2 Les moyens de légalité interne sont inégaux mais l'un d'eux nous semble fondé.

Il est d'abord reproché à l'article D. 2232-8 de laisser à l'employeur toute liberté pour fixer l'objet de la question soumise à la consultation. Mais comme cela a été dit, il résulte des dispositions législatives que c'est l'accord tel qu'il a été négocié qui doit être soumis au vote. Si l'employeur devait formuler la question d'une manière qui affectait la sincérité du scrutin, il appartiendrait au juge judiciaire d'en tirer les conséquences mais il n'y a pas là prise pour une contestation de la légalité du décret.

Il est ensuite soutenu que ce même article du décret réserverait aux représentants élus du personnel mandatés ou aux salariés mandatés le soin de déterminer les modalités de la consultation. Mais c'est inexact, ceux-ci sont seulement consultés sur ces modalités qu'il appartient au seul employeur d'arrêter.

Il est par ailleurs reproché à l'article D. 2232-9 de définir de manière équivoque les conditions de saisine du juge en cas de désaccord sur les modalités de la consultation. Mais il n'y a aucune ambiguïté sur ce point. C'est en réalité très clair et c'est bien là le problème.

Le texte réserve aux seuls représentants élus du personnel mandatés ou aux salariés mandatés la faculté de saisir le tribunal d'instance, ce qui prive d'accès au juge les salariés eux-mêmes alors qu'ils seront tous appelés à voter lors du référendum. Nous y voyons une différence de traitement injustifiée entre requérants, d'autant plus gênante que, dans bien des cas, il n'y aura qu'une seule personne mandatée qui serait ainsi en mesure, par son abstention, de faire obstacle au contrôle juridictionnel. Nous pensons donc que vous pourrez censurer cette disposition pour méconnaissance du principe d'égalité.

Les autres moyens articulés sur le terrain de la conventionnalité, fondés sur les conventions n°87 et 98 de l'OIT ne sont pas assortis des précisions permettant d'en apprécier le bien fondé et les moyens de constitutionnalité soulevés par l'Union solidaires qui n'a pas soulevé de QPC quant à elle, sont inopérants compte tenu des dispositions législatives qui font écran.

Si vous nous suivez, vous annulerez donc le décret uniquement en tant qu'il tire les conséquences directes des dispositions législatives censurées par le Conseil constitutionnel

sur le protocole fixant les modalités d'organisation du référendum et qu'il restreint l'accès au juge pour contester ces modalités d'organisation (fixées hors protocole).

PCMNC à l'admission des interventions et à la non transmission des QPC soulevées dans ces deux affaires et, s'agissant des conclusions d'annulation :

- au rejet de celles concernant le décret sur les accords de préservation ou de développement de l'emploi ;

- et, en ce qui concerne le référendum d'entreprise :

- à l'annulation du décret dans la mesure que nous venons d'indiquer, c'est à dire en tant qu'il introduit dans le code du travail, la troisième phrase du 1° de l'article D. 2232-2, l'article D. 2232-3, les II et III de l'article D.2232-6, l'article D. 2232-7 et, à l'article D.2232-9, les mots : « par le ou les représentants élus du personnel mandatés ou le ou les salariés mandatés » ;

- au versement par l'Etat d'une somme de 2000 euros à la CGT-FO au titre des frais de procédure et au rejet du surplus des conclusions.