

N° 417209
CGT-FO

1^{ère} et 4^{ème} chambres réunies
Séance du 1^{er} février 2018
Lecture du 18 février 2019

CONCLUSIONS

M. Charles TOUBOUL, rapporteur public

A l'énoncé du rapport qui vient d'être lu, vous pourriez vous attendre à retrouver le combat mené par la CGT-FO contre le référendum d'entreprise, auquel vous avez assisté, et que vous avez arbitré, en juin et décembre 2017¹. Mais le recours qu'elle a introduit contre le décret du 10 novembre de cette même année, relatif aux modalités d'approbation par consultation des salariés de certains accords d'entreprise n'a rien d'un 3^{ème} round, car le combat a changé de nature et surtout d'enjeu.

1. Le décret attaqué, très bref, ne modifie pas les modalités du référendum d'entreprise et se borne, par un jeu de référence, à y soumettre celui prévu à l'article L. 2232-23-1 du code du travail, dans sa rédaction issue de l'ordonnance dite « Macron » (n°2017-1385) du 22 septembre 2017 dans les entreprises ayant plus de 11 et moins de 50 salariés qui ne disposent pas de délégué syndical². La CGT-FO n'articule aucun moyen contre des vices propres de ce décret. Son recours lui sert, classiquement, de marchepied pour contester les dispositions législatives sur lesquelles il est fondé. Mais, plus inattendu, ce ne sont pas les dispositions prévoyant le recours au référendum d'entreprise qui concentrent ses coups, mais ce qui se passe en amont, c'est à dire la négociation des accords susceptibles d'y être soumis.

Cet article L. 2232-23-1 du code du travail organise la conclusion des accords collectifs dans ces entreprises autour de deux alternatives successives. La première alternative porte sur la personne appelée à conclure un accord avec l'employeur : il peut s'agir, soit d'un membre de la délégation du personnel du comité social et économique, soit d'un salarié mandaté par une organisation syndicale (représentative dans la branche ou à défaut au niveau national et interprofessionnel), qui peut appartenir ou non à ce CSE. La seconde alternative porte sur les modalités d'approbation de l'accord ainsi conclu. Soit l'accord a été signé avec un membre du CSE, mandaté ou non, et il doit recueillir la signature de membres de ce conseil représentant plus de 50% des suffrages exprimés lors des élections professionnelles, soit il a été conclu par un salarié qui n'appartient pas à ce conseil et alors l'accord est soumis à référendum.

Le décret attaqué est donc bien une mesure d'application de ces dispositions, même si c'est sur l'aval du processus qu'elles organisent et si c'est aval n'est qu'éventuel. L'exception d'illégalité est donc bien opérante et il vous faut l'examiner.

¹ 7 déc. 2017, Synd. CGT Goodyear Amiens du 7 décembre 2017, n°406760.

² Extension qui suffit pour écarter tout risque d'irrecevabilité au titre de la théorie des actes purement confirmatifs, indépendamment des derniers développements de la jurisprudence en ce domaine (7 déc. 2018, Société TBF Génie Tissulaire, 410887 T).

2. La CGT-FO reproche au législateur d'avoir ouvert trop grand la porte à la négociation des accords avec des salariés non mandatés par une organisation syndicale.

2.1 Levons tout de suite le doute qui, peut-être, vous saisit à cet instant. Aux termes des deux alternatives légales que nous venons de rappeler, le référendum n'est bien prévu qu'en cas d'accord conclu avec des salariés non membres du CSE et cette possibilité n'est elle-même ouverte que s'ils ont été mandatés par une organisation syndicale.

En défendant la place des salariés mandatés, la CGT-FO défend aussi, indirectement mais nécessairement et sans doute à son corps défendant, le référendum d'entreprise pour tous les cas où ses mandataires ne seront pas membres du CSE. C'est une singularité de l'affaire mais qui s'explique par ce que nous vous indiquions en commençant : le problème de la CGT-FO n'est plus, en tout cas ici, le référendum d'entreprise mais bien la place laissée aux salariés non mandatés pour négocier.

Pour filer la métaphore politique que nous nous étions autorisée lors de la précédente affaire, le problème n'est plus la concurrence de la démocratie sociale représentative par la démocratie sociale directe. Le problème est la concurrence interne à la démocratie sociale représentative entre, d'une part, sa forme traditionnelle, fondée en grande partie sur le lien des négociateurs avec des organisations syndicales et, d'autre part, une forme alternative où les négociateurs tirent leur légitimité de leur élection au sein de l'entreprise et de cette élection seule.

2.2. On peut comprendre l'inquiétude de l'organisation requérante. L'ordonnance de 2017 constitue une nouvelle étape d'une évolution progressive mais très nette dans le sens de l'élargissement de la possibilité, dans les entreprises où il n'y a pas de délégué syndical, de passer des accords avec des salariés même non mandatés par une organisation. Après la loi du 12 novembre 1996 qui l'avait autorisée à titre expérimental, la *loi Aubry II* du 19 janvier 2000 l'a ouverte pour les accords de RTT, avant qu'un dispositif pérenne soit prévu par la loi du 4 mai 2004 assortie de précautions qui se sont peu à peu estompées avec la *loi Bertrand* du 20 août 2008 puis la loi *Rebsamen* du 17 août 2015 et enfin la loi *El Khomri* du 8 août 2016. Au fur et à mesure de ces réformes, le champ de la négociation par des salariés non mandatés s'est dilaté et son encadrement assoupli.

C'est ce que regrette la CGT-FO qui articule un moyen pouvant apparaître un peu nostalgique, tiré de ce que les dispositions issues de l'ordonnance du 22 septembre 2017 ne prévoient pas ou plus les garanties propres à assurer la primauté de la négociation par un salarié mandaté, condition, à ses yeux, du respect de la liberté syndicale : selon elle, le législateur aurait dû n'ouvrir la possibilité d'une négociation avec un tel salarié qu'en l'absence de salarié mandaté ; il aurait dû à défaut cantonner cette possibilité dans certaines matières définies restrictivement ; il aurait dû, à tout le moins, prévoir une obligation d'information des organisations syndicales, dans l'idée sans doute qu'elles puissent se manifester, y compris en proposant sur le fil un mandat au salarié s'appêtant à négocier.

3. Mais les normes mobilisées par son exception d'inconventionnalité ne peuvent pas réellement servir sa cause.

3.1 Deux d'entre elles sont très générales. Il s'agit, d'une part, de l'article 4 de la convention n°98 de l'OIT sur le droit d'organisation et de négociation collective, qui énonce

que : « *Des mesures appropriées aux conditions nationales doivent, si nécessaire, être prises pour encourager et promouvoir le développement et l'utilisation les plus larges de procédures de négociation volontaire de conventions collectives entre les employeurs et les organisations d'employeurs d'une part, et les organisations de travailleurs d'autre part, en vue de régler par ce moyen les conditions d'emploi* ». Il s'agit, d'autre part, de l'article 11 de la convention n°87 de l'OIT sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, selon lequel tout membre de l'organisation « *pour lequel la présente convention est en vigueur s'engage à prendre toutes mesures nécessaires et appropriées en vue d'assurer aux travailleurs et aux employeurs le libre exercice du droit syndical* ».

Cette généralité a les défauts de ses qualités. Ces stipulations sont suffisamment lâches pour qu'on puisse y raccrocher l'argumentation du syndicat requérant ici. Mais elles le sont tellement qu'il est difficile de leur reconnaître un effet direct au regard des canons de votre jurisprudence d'assemblée *Gisti et Fapil* du 11 avril 2012, n°322326, rec.

3.2 La 3^{ème} stipulation invoquée, l'article 3 de la convention n°87, est beaucoup plus précise quant à elle en énonçant, premièrement, que « *Les organisations de travailleurs et d'employeurs ont le droit d'élaborer leurs statuts et règlements administratifs, d'élire librement leurs représentants, d'organiser leur gestion et leur activité, et de formuler leur programme d'action* » et, deuxièmement, que « *Les autorités publiques doivent s'abstenir de toute intervention de nature à limiter ce droit ou à en entraver l'exercice légal* ».

Cette précision a, elle aussi, les défauts de ses qualités. Elle permet sans doute de reconnaître un effet direct à ces stipulations, comme vous l'avez déjà admis implicitement par votre décision du 23 décembre 2011, Fédération générale autonome des fonctionnaires, n°341670 inédite. Mais ces règles précises sont très éloignées de ce qui préoccupe la CGT-FO dans les dispositions de droit interne qu'elle critique. Non seulement elles sont législatives, de sorte qu'on peut difficilement y voir une entrave à « *l'exercice légal* » de la liberté syndicale. Mais surtout, ces dispositions n'affectent en rien le droit d'élaborer les statuts et règlements administratifs des syndicats, d'élire leurs représentants, d'organiser leur gestion et leur activité et de formuler leur programme d'action. Tous ces droits, tournés vers la vie interne du syndicat, dans laquelle l'Etat ne doit pas s'ingérer, ne sont pas en cause lorsqu'il s'agit de déterminer le rôle des organisations syndicales dans la négociation collective.

3.3 Et il nous semble difficile de retenir une lecture constructive de ces stipulations, dans l'idée de leur donner un effet utile à la contestation portée par le syndicat requérant, car d'autres traitent de manière plus précise de ces questions mais n'ont pas été invoquées³. Ainsi, par exemple, de la convention n°135 concernant les représentants des travailleurs qui énonce à son article 5 que : « *Lorsqu'une entreprise compte à la fois des représentants syndicaux et des représentants élus, des mesures appropriées devront être prises, chaque fois qu'il y a lieu, pour garantir que la présence de représentants élus ne puisse servir à affaiblir la situation des syndicats intéressés ou de leurs représentants, et pour encourager la coopération, sur toutes questions pertinentes, entre les représentants élus, d'une part, et les syndicats intéressés et leurs représentants, d'autre part* ».

4. Au demeurant, le Conseil constitutionnel, saisi d'une question très proche de celle que vous pose aujourd'hui la CGT-FO, lorsqu'il a eu à connaître de la ratification de

³ Contrairement d'ailleurs à la CFDT contre la même ordonnance, dont la demande de suspension a été rejetée pour défaut d'urgence (1^{er} février 2018, CFDT, n°416998) et le recours au fond, privé d'objet du fait de sa ratification parlementaire (1^{er} juin 2018, CFDT, n°415641).

l'ordonnance ayant introduit ces dispositions dans le code du travail, n'y a pas vu de difficulté pour ce qui le concerne.

Certes, sa formulation de principe est prudente en jugeant 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* » (2018-761 DC du 21 mars 2018⁴). Mais il n'a pas vu de tel risque d'obstacle dans les dispositions en cause après avoir relevé, d'une part qu'elles n'étaient applicables que dans les entreprises de 11 à 49 salariés ne comportant aucun délégué syndical et, d'autre part, que s'il n'y a pas de droit de priorité pour les salariés mandatés, il n'y a pas non plus de hiérarchie qui leur serait défavorable. Cette analyse ne vaut bien sûr que dans le champ constitutionnel, mais elle éclaire d'un jour plutôt rassurant la question soulevée ici par la CGT-FO sur le terrain conventionnel.

5. Nous terminons par une dernière question plus anecdotique. L'une des dispositions du décret attaqué modifie des références dans l'article D. 2232-3 du code du travail qui y figuraient à la suite du décret du 20 novembre 2016, décret que vous avez annulé en tant qu'il récrivait cet article du code par votre décision du 7 décembre 2017 mettant fin au second round. Vous auriez pu faire application de votre jurisprudence O... du 30 déc. 2013, (n°367615, rec.) et soulever d'office l'illégalité du décret aujourd'hui attaqué dans la mesure où il modifie cette disposition qui n'existe plus. Mais comme il n'y a aucun doute sur le fait que cette modification n'a pu faire revivre les dispositions censurées - Légifrance ne s'y est d'ailleurs pas trompé en rétablissant la rédaction de l'article dans sa rédaction remontant à 2008 ne comportant aucune référence du tout - le plus simple semble encore de ne faire cas de rien et d'en rester à l'idée simple et robuste que cette modification est seulement devenue sans objet.

PCMNC au rejet de la requête.

⁴ Reprenant sa décision 96-383 DC du 6 nov. 1996.