

Nos 417652, 418525, 418619, 418673
CGT - FO et autres

1ère et 4ème chambres réunies
Séance du 18 mars 2019
Lecture du 1er avril 2019

CONCLUSIONS

M. Charles TOUBOUL, rapporteur public

L'affaire inscrite à votre séance du 1^{er} février n'était pas le 3^{ème} *round* du combat mené par les organisations syndicales contre le référendum d'entreprise¹, puisqu'était en cause, surtout, la possibilité reconnue à un salarié non mandaté de conclure un projet d'accord avant consultation, ce que vous avez regardé comme légal². Le 3^{ème} *round*, le voici avec les requêtes qui viennent d'être appelées contestant bien, quant à elles, le principe et les modalités du référendum d'entreprise.

Il s'agit cette fois d'un référendum très particulier, qui n'est susceptible d'être organisé que dans les très petites entreprises de moins de 11 salariés dépourvues de délégué syndical (art. L. 2232-21 du code du travail) ainsi que dans celles comprenant jusqu'à 20 salariés mais qui ne disposent d'aucun élu du personnel au comité social et économique (art. L. 2232-23) ; très particulier parce que la consultation des salariés n'y porte pas sur un accord conclu en amont avec leurs représentants mais sur un « projet d'accord » élaboré par l'employeur et lui seul et qu'il soumet directement à référendum ; le « projet » devenant « accord » s'il est approuvé à la majorité des deux tiers des salariés.

Ce référendum a été créé par l'une des ordonnances dites « Macron » du 22 septembre 2017 (n° 2017-1385 relative au renforcement de la négociation collective) afin de ne plus faire dépendre la négociation dans les TPE du mandatement d'un salarié par une organisation représentative, dispositif introduit en 2015, complété en 2016³ et dont les résultats ont vite été jugés décevants. Les modalités de ce nouveau référendum ont été précisées par un décret du 26 décembre 2017 (n° 2017-1767 relatif aux modalités d'approbation des accords dans les très petites entreprises) qui est le décret attaqué.

Les moyens de légalité externe peuvent être aisément écartés. Le texte publié ne différant pas à la fois du projet du Gouvernement et de la minute de la section sociale communiquée par celui-ci, il n'y a pas de vice de procédure. Et comme le Garde des sceaux n'avait à signer ou contresigner aucune mesure nécessaire à l'exécution de ce décret au sens que vous avez donné, par votre célèbre décision Sicard (Ass., 27 avril 1962, n°50032 et

¹ Après les deux premiers *rounds* arbitrés d'une part, par la décision CE, 19 juillet 2017, CGT-FO, n°408221 et, d'autre part, par les décisions CE, 7 décembre 2017, Syndicat CGT Goodyear Amiens usine Amiens nord et autres, n° 406760, 408221, 408226 et CGT-FO, n°408379, 408450.

² 18 février 2019, CGT-FO, n°417209 T.

³ Respectivement par la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi puis la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

autres, rec.), à l'article 22 de la Constitution, il n'y a, dans l'absence de son contresens, aucun vice de forme.

On peut donc en venir dès à présent à la légalité interne.

1. Les moyens de constitutionnalité ne vous retiendront pas. Celui tiré d'une atteinte à la liberté contractuelle n'est pas assorti de précisions suffisantes. Quant à ceux tirés de l'atteinte à la liberté syndicale et au principe de participation, critiquant non les modalités fixées par le pouvoir réglementaire pour l'organisation de ce référendum mais son principe même, et donc le dispositif législatif introduit par l'ordonnance désormais ratifiée par la loi (n°2018-217) du 29 mars 2018, ils sont inopérants hors QPC ; QPC qui n'aurait eu de toute façon aucune chance d'aboutir compte tenu de la décision de conformité rendue par le Conseil constitutionnel sur cette loi de ratification, on y reviendra.

2. Les moyens de conventionnalité, mobilisant des normes gravitant dans l'orbite de l'OIT et de la CEDH, vous retiendront un peu plus.

2.1 Commençons par les normes de l'organisation internationale du travail.

Le moyen tiré de la méconnaissance de la convention n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical n'est pas assorti de précisions suffisantes.

Celui tiré de l'article de l'article 4 de la convention n° 98, concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective, est inopérant faut d'effet direct, comme vous venez de le juger lors de l'examen de l'affaire de février.

Celui tiré de l'article 5 de la convention n° 135 concernant la protection des représentants des travailleurs dans l'entreprise et les facilités à leur accorder peut faire hésiter davantage en termes d'effet direct. Il stipule en effet 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* ». Si la chambre sociale de la Cour de cassation l'a souvent mentionnée dans des arrêts rejetant des griefs au fond, même sans assortir ses motifs d'un « en tout état de cause », qu'elle ne pratique pas comme vous, cela ne permet pas d'affirmer qu'elle aurait admis l'effet direct de ces stipulations⁴. Mais comme elles ne traitent que des relations entre représentants élus et organisations syndicales, c'est à dire d'une question étrangère au présent litige, nous pensons que vous pourrez écarter le moyen en usant quant à vous de ce « en tout état de cause », pour réserver la question de l'effet direct.

Plus intéressant, car sans réel précédent dans votre jurisprudence ou dans celle de la Cour de cassation à notre connaissance⁵, est invoquée devant vous une recommandation de l'OIT -en l'occurrence, la recommandation n° 91 du 29 juin 1951 concernant les conventions collectives. L'appellation même de « recommandation » fait évidemment douter de sa

⁴ V. not. pour des arrêts publiés au bulletin : Cass. soc., 14 avril 2010, n° 09-60.426 et 09-60.429 ; 16 décembre 2014, 13-21.203.

⁵ La décision CE, 2 décembre 2011 Confédération française des travailleurs chrétiens, n° 333472, rec. fait mention d'une recommandation de l'OIT sans préciser le statut.

normativité⁶ et la Constitution de l'OIT (elle-même ratifiée) ne fait que confirmer ces doutes. Le d du 6 de son article 19 énonce en effet à leur sujet que : « *sauf l'obligation de soumettre la recommandation à l'autorité ou aux autorités compétentes, les Membres ne seront soumis à aucune autre obligation, si ce n'est qu'ils devront faire rapport au Directeur général du Bureau international du Travail, à des périodes appropriées (...) sur l'état de leur législation et sur leur pratique concernant la question qui fait l'objet de la recommandation* ». Comme on le voit, les recommandations ne sont pas des normes et, d'ailleurs, la constitution de l'OIT les distingue bien des conventions, seules à devoir être ratifiées. Tout au plus peut-on estimer, avec l'OIT elle-même, selon les indications qu'elle fait figurer sur son site, qu'elles ont vocation à entrer en ligne de compte dans l'interprétation des conventions lorsqu'elles s'y rapportent. Ici, la recommandation est invoquée à l'appui de la convention n°98 dont vous avez jugé qu'elle n'était pas d'effet direct. Elle ne peut donc avoir aucune portée utile pour le litige d'aujourd'hui.

2.2 Poursuivons avec la sphère européenne des droits de l'homme.

Le moyen tiré de l'atteinte à l'article 1^{er} du premier protocole additionnel n'est pas assorti des précisions suffisantes.

En revanche, celui tiré d'une atteinte à l'article 11 de la convention l'est quant à lui et mérite que l'on s'y arrête. Cet article, qui est d'effet direct, stipule que : « *Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts* ». Sur cette base, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé « *que le droit de mener des négociations collectives avec l'employeur est, en principe, devenu l'un des éléments essentiels du 'droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts' énoncé à l'article 11 de la Convention, étant entendu que les Etats demeurent libres d'organiser leur système de manière à reconnaître, le cas échéant, un statut spécial aux syndicats représentatifs* » (12 novembre 2008, Baykara c/ Turquie, n°34503/97). Analyse qui peut être amenée à tenir compte d'autres normes internationales, comme le rappellent les requérants qui en avancent plusieurs devant vous⁷.

Ce moyen soulève deux questions nous semble-t-il.

La première tient au fait que la plupart des normes internationales en ce domaine (à l'exception de l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne mais qui n'est applicable que pour autant qu'est en cause le droit de l'Union⁸) n'envisage la négociation collective qu'avec des organisations représentant les salariés et non l'approbation directe par ces derniers de propositions de l'employeur. Mais cela traduit selon nous davantage la rareté de ce type de procédé que le choix délibéré de l'exclure. Les requérantes n'ont d'ailleurs produit aucun élément qui permettrait de considérer que ces conventions auraient entendu écarter toute conclusion directe d'un accord collectif avec des salariés.

⁶ V. p. ex. pour une autre recommandation, CE, 20 novembre 1981, Syndicat national des officiers mécaniciens de l'aviation civile, n° 09839, rec.

⁷ Sont en particulier invoqués des éléments de droit international autres que cette convention et notamment l'article 6 de la Charte sociale européenne révisée et l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

⁸ CE, 4 juillet 2012, Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et des amblyopes, n°341533, rec.

La seconde tient à ce que ce dispositif pousse à son paroxysme la question de la concurrence entre la démocratie sociale représentative et la démocratie sociale directe dont nous vous entretenons à chaque nouveau *round* du combat syndical contre le référendum d'entreprise.

Mais, d'une part, cette seconde question a été soumise de manière très claire au Conseil constitutionnel sur la base de normes de références proches de celle de la CEDH, à l'occasion de l'examen de la loi de ratification de l'ordonnance. Et il a validé ce dispositif en mobilisant trois séries d'éléments : premièrement, l'objectif poursuivi par le législateur de « *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* » ; deuxièmement la limitation de ce dispositif aux cas des entreprises de moins de 11 salariés dépourvues de délégué syndical et, des entreprises de 11 à 20 salariés, en l'absence, en outre, de membre élu de la délégation du personnel du comité social et économique ; et, troisièmement, les garanties prévues sur le déroulement de la consultation, notamment le délai de 15 jours entre la convocation et le scrutin, l'approbation à la majorité des deux tiers et le respect des principes généraux du droit électoral (2018-761 DC du 21 mars 2018).

D'autre part, au-delà de cet argument d'autorité, nous ne voyons pas de véritable difficulté dans ce dispositif de consultation directe des salariés sans négociation préalable. Trois éléments méritent d'être signalés à cet égard.

Premier élément : le recours à ce référendum direct sera certes possible alors même que, dans certains cas, il y aurait pu y avoir des interlocuteurs dans l'entreprise pour négocier. Rien n'interdit en théorie à celles de moins de 11 salariés de constituer un CSE où siègerait un élu du personnel. Par ailleurs, un mandat peut avoir été donné à un salarié par une organisation syndicale dans les entreprises de moins de 11 comme de moins de 20 salariés. Cela étant, compte tenu de la majorité très élevée qui est requise, l'employeur aura *de facto* intérêt à négocier avec ces interlocuteurs s'ils existent pour définir un projet qui puisse avoir des chances de réunir cette majorité. Et dans les entreprises de plus de 11 salariés, il conserve même la faculté de renoncer à cet appel direct aux salariés au profit de la procédure conclusion préalable d'un accord appelé à être soumis ensuite à leur consultation, ce qui lui permettra de bénéficier de règles de majorité moins élevées.

Deuxième élément : le recours au référendum direct dans les TPE pourra conduire à écarter l'application d'accords négociés au niveau de la branche, y compris pour diminuer les garanties reconnues aux salariés. Mais cela n'a rien de spécifique aux accords directement conclus par référendum puisqu'un accord d'entreprise négocié avec les représentants des salariés aurait eu les mêmes libertés ; c'est donc l'argument de proximité ou de subsidiarité qui le justifie. Et ces possibilités de dérogation sont très encadrées dans des conditions qui ont été elles-mêmes validées par le Conseil constitutionnel.

Troisième et dernier élément : un espace utile est préservé dans tous les cas pour un dialogue entre les salariés concernés et des organisations syndicales. En amont même de la consultation, le rapport au Président de la République sur l'ordonnance souligne que le délai de 15 jours imposé entre l'annonce de celle-ci et sa tenue doit permettre aux salariés de consulter, s'ils le souhaitent, les représentants de l'organisation syndicale de leur choix. Et s'ils recherchaient un regard partagé des partenaires sociaux sur les propositions qui leur sont faites, le ministre ajoute devant vous qu'ils pourront consulter l'observatoire d'analyse

et d'appui au dialogue social et à la négociation de leur département institué par la même ordonnance (art. L. 2234-4 et suivants du code du travail). Ensuite, en aval de la conclusion de l'accord par la voie du référendum, celui-ci restera susceptible de dénonciation tous les ans à sa date anniversaire (art. L. 2232-22), le dialogue noué avec les organisations syndicales et/ou les observatoires gardant ainsi toute son utilité dans cette perspective là aussi.

Compte tenu de ces éléments et de l'absence de signal clair au plan conventionnel que ce type de mécanisme de démocratie sociale directe serait de nature à soulever une difficulté, nous pensons que vous pourrez écarter le moyen tiré d'une atteinte à l'article 11 de la CEDH.

3. On finit par un moyen à peine esquissé mais que l'on peut analyser comme critiquant l'incompétence négative du pouvoir réglementaire à ne pas avoir prévu les modalités d'intervention des salariés dans la définition des modalités d'organisation du référendum.

Les réticences que vous éprouvez à admettre l'opérance d'un moyen d'incompétence négative s'agissant d'un acte réglementaire (sauf le cas d'une ordonnance) sont trop connues pour y revenir. Elles vous ont été rappelées à de nombreuses reprises à ce pupitre par nos collègues Edouard Crepey⁹, Aurélie Bretonneau¹⁰, Rémi Decout-Paolini¹¹ et Yohann Bénard¹². Nous partageons ces réserves à importer dans le contrôle de légalité des règlements le raisonnement forgé dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois.

Lorsque le législateur prescrit au pouvoir réglementaire de faire certaines choses ou doit être regardé comme ayant implicitement attendu de lui qu'il le fasse, son abstention à le faire s'analyse moins comme une incompétence négative - terme que vous veillez en général à ne pas endosser, sauf rares exceptions v. pour l'une d'elles : 3 juin 2009, CIMADE et autres, n° 321841, rec.-, que comme une méconnaissance des dispositions législatives en cause : v. pour une confirmation récente de cette approche plus orthodoxe : 7 févr. 2018, Société British American Tobacco France et Fédération des fabricants de cigares, n°405705, 405767.

Qu'en est-il en l'espèce ? Le législateur s'est montré peu prescriptif en se bornant à énoncer que « *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'Etat* » (art. L. 2232-21 auquel renvoie l'article L.2232-23). On peut néanmoins attendre de ce renvoi un minimum d'encadrement des conditions d'organisation de la consultation par le Premier ministre. S'il doit nécessairement s'en remettre à l'employeur dans des entreprises où on manque d'interlocuteurs pour organiser la consultation, c'est à la condition de ne pas lui laisser un pouvoir discrétionnaire quant à l'organisation du scrutin.

⁹ Conclusions sur CE, 16 oct. 2013, Sté EDF et Sté France Télécom, n°358701 et n° 359137 et 22 juillet 2016, Quadrature du net et autres, Igwan.net, n° 394922, 394925, 397844, 397851.

¹⁰ Conclusions sur CE, 27 mai 2015, M. B..., n° 383076. V. aussi son article « *L'incompétence négative, faux ami du juge administratif ?* », NCCC n°46, janvier 2015.

¹¹ Conclusions sur CE, 10 avril 2015, Ministre des affaires sociales et de la santé, n°375743 et centre médical chirurgical obstétrical de la Côte d'Opale, n°378511.

¹² Conclusions sur CE, 7 février 2018, Société British American Tobacco France et Fédération des fabricants de cigare, n°405705, 405767.

Encadrement nécessaire donc mais qui paraît suffisant ici pour considérer que les dispositions législatives n'ont pas été méconnues¹³. L'employeur devra fixer les modalités de transmission aux salariés du texte de l'accord, le lieu, la date et l'heure de la consultation, son organisation et son déroulement, ainsi que le texte de la question. Ces modalités et le texte de l'accord doivent en outre être transmis 15 jours au moins avant la consultation. Elle doit avoir lieu pendant le temps de travail mais en l'absence de l'employeur et son résultat faire l'objet d'un procès-verbal dont la publicité est assurée dans l'entreprise. Enfin, le caractère personnel et secret du vote est garanti, dans le prolongement de ce qu'a jugé le Conseil constitutionnel rappelant que les principes du droit électoral devaient être respectés.

La critique dont vous êtes saisis est en tout état de cause très ciblée et ne porte à la lettre que sur l'absence de dispositions permettant de prendre en compte une position divergente des salariés sur les conditions d'organisation de la consultation. Le décret n'avait sans doute rien à prévoir de spécial sur ce point pour les raisons que l'on a déjà indiquées. On aurait certes pu s'intéresser aux conditions dans lesquelles le juge d'instance est susceptible d'être saisi d'une éventuelle contestation, mais aucun moyen n'est soulevé à ce sujet.

Il faut donc s'en tenir là.

PCMNC au rejet des requêtes.

¹³ D'autant que le Conseil constitutionnel a déjà été amené à censurer les conditions dans lesquelles les modalités d'une consultation étaient établies : 2017-664 QPC du 20 octobre 2017.