

N° 418621

Confédération générale du travail

4^{ème} et 1^{ère} chambres réunies

Séance du 18 octobre 2019

Lecture du 6 novembre 2019

CONCLUSIONS

M. Raphaël Chambon, rapporteur public

La Confédération générale du travail vous demande d'annuler le décret n° 2017-1880 du 29 décembre 2017 relatif à l'abondement du compte personnel de formation des salariés licenciés suite au refus d'une modification du contrat de travail résultant de la négociation d'un accord d'entreprise, pris pour l'application de l'article L. 2254-2 du code du travail.

Il nous faut vous dire quelques mots de cette disposition législative avant d'examiner le moyen unique soulevé par la requête.

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 a créé l'article L. 2254-2 du code du travail relatif à une nouvelle catégorie d'accords, les « accords d'entreprise conclus en vue de la préservation ou du développement de l'emploi » (APDE). L'objet de l'accord est strictement limité : il tend à la préservation ou au développement de l'emploi. A la différence de dispositifs conventionnels préexistants tels que les accords de maintien de l'emploi et de mobilité interne, qui suspendaient les clauses contraires du contrat de travail, les clauses des APDE se substituent de plein droit à ces clauses contraires, y compris en matière de rémunération et de durée du travail, avec la seule limite qu'ils ne peuvent avoir pour effet de diminuer la rémunération mensuelle du salarié. Chaque salarié peut refuser, par écrit, la modification de son contrat de travail qui résulte de l'application de l'accord, auquel cas l'employeur peut le licencier. La loi dispose expressément qu'en pareil cas le licenciement « repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse », et n'est soumis qu'aux modalités et conditions prévues par un nombre limité d'articles. Elle qualifie de « *modification* » l'application de l'accord au contrat de travail.

L'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective a réécrit l'article L. 2252-4 afin, selon le rapport au Président de la République, d'unifier le régime des APDE et de trois autres dispositifs conventionnels préexistants : les accords de réduction du temps de travail, les accords de maintien de l'emploi et les accords de mobilité professionnelle ou géographique interne.

Les principales caractéristiques des APDE et notamment la primauté de l'accord sur les contrats de travail, auxquels il se substitue en ses clauses contraires, ont été conservées.

Le I élargit les finalités de l'accord : il ne s'agit plus seulement de « *préserver ou développer l'emploi* » ; l'accord peut également être conclu pour « *répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise* ». En vue de ces finalités, l'accord d'entreprise peut aménager la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition, aménager la rémunération dans le respect des salaires minimaux légaux ou conventionnels – désormais y compris en diminuant la rémunération mensuelle du salarié, et déterminer les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise.

Le II précise le contenu de l'accord.

Le III prévoit la substitution de plein droit de l'accord à toutes les clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération, de durée du travail et de mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise, et permet au salarié de refuser la modification de son contrat de travail résultant de l'application de l'accord.

Le IV fixe à un mois le délai dont dispose le salarié pour faire connaître son refus.

Le V conserve la même qualification que la loi du 8 août 2016 au motif du licenciement prononcé par l'employeur à l'encontre des salariés ayant refusé l'application de l'accord, en prévoyant que « *ce licenciement repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse* ». Par ailleurs, il fixe de manière limitative la liste des « *modalités et conditions* » applicables au licenciement, par renvoi à certains articles du code du travail : les articles L. 1232-2 à L. 1232-14 (entretien préalable, notification, conseil), L. 1234-1 à L. 1234-11, L. 1234-14 et L. 1234-18 (préavis et indemnité de licenciement), L. 1234-19 (délivrance d'un certificat de travail à l'expiration du contrat de travail) et L. 1234-20 (reçu pour solde de tout compte). Ce renvoi limitatif exclut ainsi notamment, et c'est le cœur du litige nous le verrons, l'application des dispositions des articles L. 1233-28 à L. 1233-33 relatifs à la procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise ou des délégués du personnel (remplacés par le comité social et économique depuis le 1^{er} janvier 2018) lorsque l'employeur envisage de procéder à un licenciement collectif pour motif économique d'au moins dix salariés dans une même période de trente jours.

Enfin, le VI fait obligation à l'employeur d'abonder le compte personnel de formation du salarié licencié suite au refus de la modification de son contrat de travail, et renvoie à un décret simple le soin de définir les conditions et limites de cet abondement.

C'est pour l'application de ce VI qu'a été pris le décret attaqué. Ce texte bref insère dans la partie réglementaire du code du travail un unique article D. 6323-3-2 qui se borne pour l'essentiel à fixer à 100 heures l'abondement minimum du compte personnel de formation du salarié licencié par l'employeur, et à 30 euros par heure la somme due à l'organisme paritaire collecteur agréé.

La CGT soulève à l'appui de sa requête un unique moyen tiré de ce que le décret attaqué est illégal dès lors que l'article L. 2254-2 du code du travail, pour l'application duquel il est pris, est incompatible avec les objectifs de l'article 2 de la directive n° 98/59/CE du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux

licenciements collectifs, en ce qu'il ne prévoit pas de consultation des représentants des personnels préalablement à l'engagement de la procédure de licenciement.

Ledit article 2 prévoit à son 1 que « *lorsqu'un employeur envisage d'effectuer des licenciements collectifs, il est tenu de procéder, en temps utile, à des consultations avec les représentants des travailleurs en vue d'aboutir à un accord* » et à son 2 que « *les consultations portent au moins sur les possibilités d'éviter ou de réduire les licenciements collectifs ainsi que sur les possibilités d'en atténuer les conséquences par le recours à des mesures sociales d'accompagnement visant notamment l'aide au reclassement ou à la reconversion des travailleurs licenciés* ».

La ministre du travail conteste en défense le caractère opérant de cette invocation par voie d'exception de l'inconventionnalité de l'article L. 2254-2.

Vous jugez que la contrariété d'une disposition législative aux stipulations d'un traité international ne peut être utilement invoquée à l'appui de conclusions dirigées contre un acte réglementaire que si ce dernier a été pris pour son application ou si elle en constitue la base légale (10/9 CHR, 13 juin 2016, C..., n° 372721, aux Tables). Par cette décision vous avez transposé à l'exception d'inconventionnalité les critères de l'exception d'illégalité définis en dernier lieu dans votre décision de Section *SODEMEL* du 11 juillet 2011 (n° 320735 et 320854, au Recueil).

Dans ses conclusions, Aurélie Bretonneau soulignait le décalage de portée et d'opérance entre la contestation d'une disposition législative sur le terrain de la constitutionnalité, dans le cadre d'une QPC, et la contestation sous l'angle de la conventionnalité dans le cadre d'un litige devant le juge administratif. Dans le cadre de votre office de juge du filtre, lorsque vous statuez sur les QPC, vous renvoyez au Conseil constitutionnel des dispositions ou blocs de dispositions formant un tout cohérent, qui sont regardées comme applicables pour le tout au sens de l'ordonnance du 7 novembre 1958 quand bien même l'une d'entre elles seulement commanderait la légalité de l'acte administratif attaqué, alors que le prisme est plus restreint dans le cadre de l'exception d'inconventionnalité devant le juge administratif : admettre des critères d'opérance de l'exception d'inconventionnalité de la loi aussi larges que dans le cadre d'une QPC aurait, soulignait-elle, « un effet déstabilisateur sur l'ordonnancement réglementaire qui est à rebours des préoccupations constantes sur ce point de votre jurisprudence » sur l'exception d'illégalité des actes administratifs.

Cette grille d'analyse vous conduit à circonscrire de manière très fine, pour déterminer l'opérance de l'exception d'inconventionnalité d'un article ou d'un ensemble d'articles législatifs, la disposition pour l'application de laquelle le texte contesté a été pris, ou qui en constitue la base légale (voyez pour une application après la décision de Section C... : 2/7 CHR, 20 octobre 2016, *CIMADE et autres*, n° 395105 ; 10/9 CHR, 28 novembre 2016, *CIMADE et autres*, n° 394114). Dans ce travail d'identification, les aspects légistiques sont indifférents : c'est bien la substance même des dispositions en cause qui est prise en compte, sans qu'ait d'incidence leur regroupement au sein d'un même article ou paragraphe ou au contraire leur éclatement entre plusieurs articles.

En l'espèce, même si l'organisation requérante invoque l'inconventionnalité de l'article L. 2254-2 sans plus de précision, ce qu'elle lui reproche est d'avoir exclu, s'agissant de la procédure de licenciement du salarié ayant refusé l'application de l'accord, l'application de la procédure d'information et de consultation des représentants des salariés en cas de licenciement de dix salariés ou plus prévues par les dispositions de la section 4 du chapitre III du titre III du livre II de la première partie du code du travail. Or cette exclusion est opérée par la seconde phrase du V de l'article. La première phrase de ce V prévoit que « *si l'employeur engage une procédure de licenciement à l'encontre du salarié ayant refusé l'application de l'accord mentionné au premier alinéa, ce licenciement repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse* ». C'est la seconde phrase du même V qui dispose que « *Ce licenciement est soumis aux seules modalités et conditions définies aux articles L. 1232-2 à L. 1232-14 ainsi qu'aux articles L. 1234-1 à L. 1234-11, L. 1234-14, L. 1234-18, L. 1234-19 et L. 1234-20* » excluant ainsi l'application de la procédure d'information et de consultation des représentants des salariés.

Le décret attaqué n'a cependant aucunement pour base légale cette seconde phrase du V mais le seul VI du même article, qui prévoit que « *L'employeur abonde le compte personnel de formation du salarié dans des conditions et limites définies par décret (...)* ». Cet abondement, qui est en réalité une sorte de compensation ou de contrepartie pour le salarié licencié, pour l'aider à rebondir, n'est pas une étape de la procédure de licenciement proprement dite, si bien que le V et le VI de l'article ont des objets très nettement distincts.

Il faut néanmoins vérifier si le décret attaqué peut être regardé comme ayant été pris pour l'application de la seconde phrase du V de l'article L. 2254-2.

Votre jurisprudence a retenu une conception raisonnablement souple de la notion d'acte pris pour l'application – qui n'est donc pas limitée aux actes strictement pris pour permettre l'application (voyez notamment 1/6 CHR, 28 décembre 2016, *Fédération de l'hospitalisation privée*, n°s 391358 et 400049, aux Tables). Ainsi, s'agissant de l'exception d'inconventionnalité de dispositions législatives, dans la décision *CIMADE* du 28 novembre 2016, alors que vous étiez saisis d'une disposition réglementaire se bornant à désigner le ministre de l'intérieur comme l'autorité compétente pour prononcer la décision fixant le pays de renvoi dans le cas prévu au deuxième alinéa de l'article L. 214-4 du CESEDA qui permet l'éloignement des étrangers frappés par une interdiction administrative du territoire (IAT) et se trouvant sur le territoire français, vous avez admis l'opérance de l'exception d'inconventionnalité non seulement à l'égard de ce deuxième alinéa de l'article L. 214-4, mais également à l'égard des articles L. 214-1 et L. 214-2 du même code qui posent le principe de l'IAT et en définissent les conditions, ces articles étant décrits par Edouard Crépey dans ses conclusions sur cette affaire pour justifier la solution retenue comme « *indissociables de celui qui organise la mesure d'éloignement de l'étranger concerné* ». Voyez pour un raisonnement similaire : 1/6 CHR, 31 mars 2017, *A... et autres*, n° 360821. Voyez à l'inverse pour un raisonnement plus strict : votre récente décision *CIMADE* du 9 octobre 2019 (n° 423749), dans laquelle vous avez refusé l'opérance de l'exception d'inconventionnalité dirigée contre la disposition législative relative aux conditions du placement en rétention de l'étranger à l'appui d'un recours dirigé contre des dispositions réglementaires relatives au droit de l'étranger ayant fait l'objet d'une mesure de rétention de faire procéder à l'évaluation de son état de vulnérabilité.

Pour apprécier si une mesure est prise pour l'application d'une autre, il est fréquent de lire qu'il convient en principe d'examiner si la censure des dispositions qui sont l'objet de l'exception d'inconventionnalité ou d'illégalité serait susceptible d'avoir une incidence sur la décision en litige, en d'autres termes si la légalité de l'une dépend de l'existence ou de la rectitude juridique de l'autre, exercice que Jean Lessi qualifiait de « contre-épreuve » dans ses conclusions sur votre décision A... déjà mentionnée.

En l'espèce, le VI de l'article L. 2254-2 serait sans doute rendu inapplicable si la première phrase du V du même article était purement et simplement abrogée : il n'y aurait plus de licenciement et le VI perdrait sa raison d'être. Le décret attaqué serait alors privé de base légale. Le pouvoir réglementaire serait alors tenu de laisser ce VI inappliqué et de s'abstenir de prévoir ce qu'il a prévu dans le décret attaqué (cf. 1/4 SSR, 24 février 1999, *Association de patients de la médecine d'orientation anthroposophique et autres*, n° 195354, au Recueil). Mais seule nous intéresse en réalité la seconde phrase du V relative à la procédure applicable aux licenciements ainsi prononcés, car c'est seulement à l'égard de cette phrase que la méconnaissance de l'article 2 de la directive pourrait être utilement invoquée. Or si cette phrase était abrogée, le VI resterait néanmoins parfaitement applicable dès lors que la première phrase du V resterait en vigueur et le décret attaqué conserverait ainsi sa base légale. Il nous semble donc que le décret attaqué n'a pas été pris pour l'application de la seconde phrase du V de l'article L. 2254-2.

Dès lors la CGT ne peut utilement invoquer l'incompatibilité de la seconde phrase du V de l'article L. 2254-2 du code du travail avec les objectifs de l'article 2 de la directive 98/59/CE, cette disposition législative n'étant pas la base légale du décret attaqué, qui n'a pas davantage été pris pour son application.

L'invocation de l'incompatibilité du reste des dispositions de l'article L. 2254-2 avec les objectifs de l'article 2 de la directive est également inopérante car cet article est relatif à l'information et la consultation des représentants des travailleurs lorsqu'un employeur envisage d'effectuer des licenciements collectifs : ces dispositions, à les supposer invocables au regard de la jurisprudence C..., n'ont nullement un tel objet et se situent donc clairement hors du champ d'application de cet article de la directive.

Le moyen unique de la requête est par suite inopérant.

Cette solution nous semble conforme à votre jurisprudence et par ailleurs opportune. On sent bien ce qu'aurait d'artificiel la solution inverse car le décret litigieux n'est clairement pas, au sens commun, pris pour l'application des dispositions critiquées de l'article L. 2254-2. S'il n'avait pas été pris, la légalité des licenciements prononcés sur le fondement de ces dispositions législatives ne serait pas mise en cause. C'est l'absence de dispositions réglementaires d'application du V de cet article qui conduit l'organisation requérante à vous saisir artificiellement de ce décret qui a un objet tout à fait différent et à l'encontre duquel elle ne développe aucune critique propre, pour faire juger la seule chose qui l'intéresse, l'inconventionnalité du V de l'article L. 2254-2.

Si vous ne suiviez pas, il vous faudrait alors vous prononcer sur les délicates questions que pose la requête.

Même en ayant franchi l'obstacle dont nous vous avons entretenus, un effort resterait à faire pour admettre l'opérance du moyen soulevé : il faudrait en effet encore vérifier si les licenciements prononcés sur le fondement de cette disposition législative sont bien des licenciements collectifs au sens de l'article 1^{er} de la directive 98/59/CE et si la disposition en cause entre donc bien dans le champ d'application de la directive. Nous le croyons mais la réponse à cette question est loin d'être évidente et pourrait justifier de poser une question préjudicielle à la Cour de Justice de l'Union européenne.

En cas de réponse positive à cette première question, il vous faudrait alors examiner le bien-fondé du moyen soulevé, c'est-à-dire apprécier si le dispositif contesté par la CGT satisfait, ou non, aux exigences définies à l'article 2 de la directive. Nous croyons que non mais là aussi la question mériterait sans doute que vous saisissiez la Cour de Justice.

Vous l'avez compris, nous ne vous proposons pas d'aller jusque-là mais de vous arrêter au constat de l'impossibilité pour l'organisation requérante d'invoquer utilement, par la voie de l'exception, l'incompatibilité de l'article L. 2254-2 du code du travail avec les objectifs définis à l'article 2 de la directive 98/59/CE.

PCMNC au rejet de la requête.