

N° 460585

Comité social économique de la société anonyme Guadeloupe Pôle Caraïbes et autres

1^{ère} et 4^{ème} chambres réunies

Séance du 28 novembre 2022

Lecture du 22 décembre 2022

CONCLUSIONS

M. Arnaud SKZRYERBAK, Rapporteur public

L'article L. 3322-1 du code du travail consacre le droit des salariés de participer aux résultats des entreprises. Cette participation est obligatoire dans les entreprises de plus de cinquante salariés. Elle est calculée à partir du bénéfice net de l'entreprise et mise en place par des accords de participation qui en précisent notamment les modalités d'affectation et de gestion. En vertu de l'article L. 3321-1 du code du travail, les dispositions relatives à la participation aux résultats de l'entreprise sont applicables aux employeurs de droit privé et à leurs salariés. Il est cependant prévu qu'« *un décret en Conseil d'Etat détermine les établissements publics de l'Etat à caractère industriel et commercial et les sociétés, groupements ou personnes morales, quel que soit leur statut juridique, dont plus de la moitié du capital est détenue directement par l'Etat, qui sont soumis aux dispositions* » relatives à la participation aux résultats de l'entreprise. Ce décret fixe en outre les conditions dans lesquelles ces dispositions leur sont applicables, c'est-à-dire qu'il peut les adapter aux spécificités de chaque établissement ou entreprise public.

Le décret en question est daté du décret du 26 novembre 1987. Ses articles 2 et 3 aménagent le contenu et la procédure d'adoption des accords de participation. Son article 4 fixe la liste des établissements et entreprises publics concernés. On en dénombre 18, allant de diverses sociétés routières à des industriels de l'armement, en passant par la Française des jeux, la Banque de France ou encore la Caisse centrale de réassurance. On y trouve également la société Aéroports de Paris et c'est le point de départ de la présente affaire.

Les comités sociaux économiques des sociétés gérant les aéroports de Pointe-à-Pitre, de Fort-de-France et de Saint-Denis-de-la-Réunion se sont plaints que ces sociétés ne soient pas inscrites sur la liste des entreprises publiques soumises à la participation des salariés aux résultats. Ils y voient une rupture d'égalité avec la société Aéroport de Paris. Ils ont donc demandé au Premier ministre, par un courrier reçu le 28 novembre 2020, de modifier le décret du 26 novembre 1987. Ils vous saisissent d'un recours pour excès de pouvoir contre la décision implicite de rejet née du silence gardé sur leur demande.

En défense, le ministre estime que les requérants n'ont pas intérêt pour agir et il en veut pour preuve que la Cour de cassation a jugé, dans un arrêt de 2011¹, que les comités sociaux économiques n'étaient pas recevables à contester une décision relative à la mise en place d'un régime de participation aux résultats. C'est cohérent avec la position traditionnelle de la Cour de cassation qui nie à ces comités la qualité pour représenter les intérêts des salariés² et limite leur droit d'agir en justice aux hypothèses où leur fonctionnement ou leurs attributions sont en jeu. Mais votre jurisprudence est toute autre puisque vous considérez que ces comités ont qualité pour contester « les mesures de nature à affecter les conditions d'emploi et de travail du personnel », selon la formule de votre décision d'assemblée de 1982 Comité central d'entreprise de la société française d'équipement pour la navigation aérienne³. La participation aux résultats de l'entreprise nous paraît se rattacher aux conditions d'emploi du personnel et nous relevons que vous avez déjà admis la recevabilité d'un comité à demander l'annulation d'un acte précisant les conditions dans lesquelles la législation sur les sociétés anonymes s'applique à une entreprise publique (c'est une décision de section Comité d'entreprise de la société nationale de télévision en couleur « Antenne 2 » de 1978⁴).

Vous écarterez donc la fin de non-recevoir opposée par le ministre et, toujours sur l'intérêt pour agir, vous admettrez la recevabilité de l'intervention présentée par deux syndicats et par deux salariés des aéroports concernés. Le ministre conteste l'intérêt à intervenir des syndicats mais celui des salariés ne fait pas de doute et il suffit à rendre l'intervention recevable, comme vous l'avez déjà jugé à propos des interventions collectives⁵.

Nous n'en avons pas fini avec les questions de recevabilité, le ministre soutenant que la requête est tardive car elle a été introduite plus d'un an après la naissance d'une décision implicite rejetant la demande des requérants. Le ministre se place sur le terrain de votre jurisprudence Czabaj⁶. Celle-ci joue aussi pour les décisions implicites, lorsqu'il est établi que le demandeur a eu connaissance de la décision, soit qu'il ait été clairement informé des conditions de naissance d'une décision implicite lors de la présentation de sa demande, soit

¹ Soc. 18 janvier 2011, n° 08-19.398

² Soc. 23 octobre 1985, Bull. n° 486.

³ CE, Assemblée, 22 décembre 1982, Comité central d'entreprise de la société française d'équipement pour la navigation aérienne, n° 34252, 34798, A - Conclusions A. Bacquet, Revue de droit public, 1983, p. 498; Cahiers juridiques du Gaz et de l'Electricité, 1983, p. 141

⁴ CE, Section, 26 avril 1978, Comité d'entreprise de la société nationale de Télévision en couleur, n° 4949, A

⁵ CE, 15 octobre 2014, UNION NATIONALE DU PERSONNEL EN RETRAITE DE LA GENDARMERIE ; FEDERATION NATIONALE DES ANCIENS DES MISSIONS EXTERIEURES ; UNION NATIONALE DES SOUS OFFICIERS EN RETRAITE ; ASSOCIATION DE DEFENSE DES DROITS DES MILITAIRES ; FEDERATION NATIONALE DES VICTIMES CIVILES ET INVALIDES DE GUERRE ; LEBOEUF ; ASSOCIATION UNION DES BLESSES DE LA FACE ET DE LA TÊTE c\ SECRETARIAT GENERAL DU GOUVERNEMENT ; MINISTERE DE LA DEFENSE, n° 358876, 358877, 358878, 358879, 359084, 359089, 359118, B

⁶ CE, Assemblée, 13 juillet 2016, M. C..., n° 387763, p. 340.

que la décision ait par la suite été expressément mentionnée au cours de ses échanges avec l'administration, notamment à l'occasion d'un recours gracieux dirigé contre cette décision⁷. Rien de tel en l'espèce. En particulier, aucun des courriers accusant réception de la demande des requérants ne donne d'indication sur la naissance à venir d'une décision implicite. Les conditions pour opposer aux requérants le dépassement d'un délai raisonnable de recours ne sont pas remplies.

En tout état de cause, vous n'avez jusqu'ici appliqué la jurisprudence Czabaj qu'aux décisions individuelles et, depuis peu, aux décisions d'espèce⁸. Cette jurisprudence est liée à la règle qui veut que les voies et délais de recours ne sont pas opposables s'ils n'ont pas été notifiés. Elle ne devrait donc pas trouver à s'appliquer aux actes réglementaires dès lors que ceux-ci font en principe l'objet d'une publication et que vous jugez avec constance que seule cette publication de nature à déclencher les délais de recours⁹. Olivier Henrard estimait cependant, dans ses conclusions sur la décision Czabaj, qu'« au regard du principe de sécurité juridique, la possibilité de former un recours juridictionnel contre les actes réglementaires devrait probablement, elle aussi, être bornée dans un délai raisonnable ». Il nous semble que les incertitudes liées à certaines formes de publication, comme l'affichage ou la mise en ligne sur un site internet, peuvent donner à réfléchir. Mais l'hésitation ne nous paraît permise que pour les contestations par voie d'action de l'acte réglementaire, en raison des effets déstabilisateurs d'une annulation rétroactive. S'agissant d'un refus d'abroger ou de modifier, comme en l'espèce, l'annulation n'a d'effet que pour l'avenir et ne remet pas en cause des situations consolidées par l'effet du temps. Le principe de sécurité juridique n'implique pas de limiter dans le temps la contestation d'une décision de ce type. Une telle limitation se heurterait d'ailleurs à l'obligation faite à l'administration d'abroger les règlements illégaux. Elle serait d'autant plus vaine qu'il suffirait au requérant de faire une nouvelle demande d'abrogation.

L'applicabilité de la jurisprudence Czabaj à notre affaire dépend donc de la qualification que l'on donne à la décision attaquée, réglementaire ou non réglementaire. Même si vous pourriez vous en tenir au constat que la preuve n'est pas rapportée que les requérants avaient eu connaissance de cette décision, il nous paraît nécessaire de vous entretenir de sa qualification et, en amont, de l'objet du décret prévu par l'article L. 3321-1 du code du travail car cela déterminera aussi la réponse à apporter au fond.

Les dispositions législatives en cause trouvent leur origine dans une ordonnance du 17 août 1967¹⁰ dont l'article 9 renvoyait déjà à un décret en Conseil d'Etat le soin de déterminer

⁷ CE, 18 mars 2019, M. J N... , n° 417270, A

⁸ CE, 25 septembre 2020, SCI LA CHAUMIERE et Mme G..., n° 430945, A

⁹ CE, 19 février 1993, N..., n°106792, B. Il est des cas, exceptionnels, où la notification d'un acte réglementaire non publié suffit à lui faire acquérir force obligatoire à l'égard de l'intéressé : CE, 24 juin 2002, Ministre de la défense c/ M. W..., n° 227983, B

¹⁰ Ordonnance n° 67-693 du 17 août 1967 relative à la participation des salariés aux fruits de l'expansion des

les entreprises publiques soumises à ses dispositions. Cet article 9 signifiait donc que l'ordonnance n'était en principe pas applicable aux entreprises publiques mais qu'elle pouvait leur être rendue applicable par décret. Une décision *Compagnie Air Inter* de 1972¹¹, au recueil sur ce point, juge qu'en l'absence de précision donnée par la loi, le pouvoir réglementaire peut choisir librement les entreprises publiques soumises à l'ordonnance¹².

L'article 9 de l'ordonnance du 17 août 1967 a été repris tel quel à l'article 15 de l'ordonnance du 21 octobre 1986¹³ ayant refondu le régime de participation aux résultats. C'est sur le fondement de cette ordonnance de 1986 qu'a été pris l'actuel décret du 26 novembre 1987. L'interprétation de la base législative n'avait pas changé : les entreprises publiques qui ne figuraient pas sur la liste du décret de 1987 ne s'estimaient pas tenues de mettre en œuvre un dispositif de participation aux résultats. Et l'on entendait par entreprises publiques les entreprises dont le capital est majoritairement détenu par une personne publique, conformément à la définition habituellement retenue pour l'application de l'article 34 de la Constitution¹⁴.

Mais la Cour de cassation a surpris en adoptant une définition autonome de l'entreprise publique. Elle a jugé, dans un arrêt *Frantour* du 6 juin 2000¹⁵, que l'ordonnance du 21 octobre 1986 avait posé un principe d'assujettissement général à la participation obligatoire aux résultats de l'entreprise, que si elle en avait excepté les entreprises publiques, il fallait entendre par là les seules entreprises publiques visées par le décret du 26 novembre 1987, de sorte qu'une entreprise commerciale ne figurant pas sur ce décret devait être soumise à l'obligation d'instituer un dispositif de participation, même si son capital est majoritairement détenu par une personne publique.

L'arrêt *Frantour* a eu des suites législatives et contentieuses.

Législatives d'abord, la loi de finances pour 2005 ayant substitué à la vague notion d'« entreprises publiques » employée par l'ordonnance une formule plus précise désignant les établissements publics industriels et commerciaux et les personnes morales dont le capital est majoritairement détenu par l'Etat. Il s'agissait donc de s'assurer que ces entreprises ne soient

entreprises.

¹¹ CE, 10 juillet 1972, *COMPAGNIE AIR INTER*, n°77961, A

¹² Plus précisément, le décret attaqué (n°62-255 du 21 mars 1969) commençait par donner une définition des entreprises publiques au sens de l'ordonnance puis listait celles de ces entreprises qui étaient soumises à la participation aux résultats. La requérante ne contestait pas la possibilité pour le Gouvernement de choisir de la faire figurer parmi ces entreprises, elle contestait, en amont, la définition des entreprises publiques retenue par le décret.

¹³ Ordonnance n° 86-1134 du 21 octobre 1986 relative à l'intéressement et à la participation des salariés aux résultats de l'entreprise et à l'actionnariat des salariés

¹⁴ L'article 34 C dispose que la loi fixe les règles concernant les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé.

¹⁵ Cass. Soc., n°98-20.304, Bull. 2000 V n° 216.

soumises à la participation que si le décret le prévoit. La même loi de finances pour 2005 a néanmoins tenu compte des préoccupations de protection de la concurrence et d'équité sociale qui sous-tendaient l'arrêt Frantour puisqu'elle a étendu l'obligation de participation aux entreprises publiques du secteur concurrentiel. Cela se traduit aujourd'hui par une distinction entre les entreprises publiques de premier rang, EPIC et sociétés détenues directement par l'Etat, dont l'assujettissement à la participation est renvoyé à un décret en Conseil d'Etat, et les entreprises publiques de second rang, c'est-à-dire les sociétés détenues indirectement par l'Etat ou directement ou indirectement par ses établissements publics, qui sont soumises de plein droit à la participation aux résultats à la triple condition qu'elles ne bénéficient pas de subventions d'exploitation, qu'elles ne soient pas en situation de monopole et qu'elles ne soient pas soumises à des prix réglementés. Un décret en Conseil d'Etat peut cependant prévoir qu'une société de second rang qui ne remplit pas ces conditions peut être soumise à la participation

L'arrêt Frantour a également eu des suites contentieuses. Des salariés ont demandé aux entreprises publiques qui les employaient des rappels de participation aux résultats. Les entreprises se sont retournées contre l'Etat et ont soulevé une question prioritaire de constitutionnalité contre l'article 15 de l'ordonnance du 21 octobre 1986, devenu l'article L. 442-9 du code du travail. Le Conseil constitutionnel a jugé, par une décision du 1^{er} août 2013¹⁶, que ces dispositions étaient entachées d'incompétence négative au motif que le législateur avait soustrait les entreprises publiques à l'obligation d'instituer un dispositif de participation tout en renvoyant à un décret le soin de désigner celles de ces entreprises qui y seraient néanmoins soumises mais sans encadrer ce renvoi par un critère, par exemple un critère fondé sur l'origine du capital ou la nature de l'activité.

La décision du Conseil constitutionnel a été rendue sur l'article L. 442-9 du code du travail dans sa rédaction antérieure à la loi de finances pour 2005. Elle est restée sans effet sur la version de l'article résultant de cette loi. Et le législateur n'a pas ressenti le besoin de modifier celle-ci pour tenir compte de la décision du Conseil constitutionnel, peut-être parce qu'elle intégrait désormais un critère de détention majoritaire du capital par l'Etat.

Vous pourriez être tentés, pour assurer la constitutionnalité de la loi, de la lire comme chargeant le décret en Conseil d'Etat auquel elle renvoie d'établir la liste des organismes remplissant ce critère d'origine du capital. Nous ne vous proposons pas de retenir cette solution pour trois raisons.

La première est le texte même de l'article L. 3321-1 du code du travail, qui invite le Premier ministre à désigner, parmi les établissements publics industriels et commerciaux de l'Etat et les entreprises détenues majoritairement par lui, ceux qui seront soumis à la participation. L'origine du capital n'est pas un critère à mettre en œuvre par le Premier

¹⁶ Décision n° 2013-336 QPC du 1^{er} août 2013

ministre, c'est un critère permettant de distinguer les entreprises privées, auxquelles la participation s'applique de plein droit, et les entreprises publiques, auxquelles elle s'applique dans des conditions particulières. D'ailleurs, la liste que le Premier ministre est chargée d'établir ne porte pas seulement sur les entreprises ayant un capital, elle porte aussi sur les EPIC. Et l'on ne voit pas bien pourquoi l'on passerait par un décret en Conseil d'Etat s'il ne s'agissait que de recenser, sans aucune marge d'appréciation, les EPIC de l'Etat et les entreprises qu'il détient majoritairement. Vous relèverez enfin que le législateur n'a pas ressenti le besoin d'une liste pour les entreprises de second rang. La loi les assujettit de plein droit à la participation aux résultats lorsqu'elles œuvrent dans le secteur concurrentiel et ne renvoie pas à un décret le soin d'identifier les entreprises concernées. Un décret est bien prévu mais il a pour objet de permettre des dérogations au principe selon lequel, dans le secteur non concurrentiel, les entreprises de second rang ne sont pas assujetties à la participation aux résultats.

La deuxième raison qui nous conduit à écarter l'idée que le décret en Conseil d'Etat se bornerait à identifier les entreprises à détention publique majoritaire, c'est qu'elle est frontalement contraire à l'intention du législateur lorsqu'il a introduit ce critère dans la loi en 2005. Elle reviendrait à assujettir à la participation aux résultats toutes les entreprises publiques au sens habituel de l'expression alors que le législateur est précisément intervenu pour faire obstacle à cette conséquence de l'arrêt Frantour. L'exposé des motifs de l'amendement à l'origine du texte est très net à cet égard puisqu'il indique que « les entreprises publiques de premier rang, quel que soit leur statut juridique, demeurent soumises à une approche au cas par cas ».

Enfin, c'est notre troisième point, la préoccupation légitime de retenir une interprétation des textes qui soit conforme à la Constitution ne saurait aller jusqu'à leur faire dire autre chose que ce qu'ils ont toujours dit. Il y a d'autant moins lieu d'interpréter l'article L. 3321-1 du code du travail à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel que celle-ci lui est postérieure. Les parties ne débattent d'ailleurs pas de la portée du renvoi à un décret en Conseil d'Etat et l'unique moyen de la requête, tiré de la méconnaissance du principe d'égalité, manifeste que dans l'esprit des requérants le Premier ministre dispose d'une marge d'appréciation.

Nous vous invitons donc à confirmer l'interprétation que vous avez de la loi depuis votre décision Air Inter de 1972 : le Premier ministre a une large marge d'appréciation pour décider qu'une entreprise publique de premier rang fera participer ses salariés à ses résultats.

Vous êtes donc en présence d'un acte réglementaire. Il est fréquent que vous écartiez cette qualification pour les actes qui fixent des listes, par exemple la liste des sites pittoresques¹⁷, la liste des ports dont le trafic est suffisant pour justifier la présence d'une

¹⁷ CE, 4 janvier 1967, Union des chambres syndicales d'affichage et de publicité extérieure, n° 68211, B

main- d'oeuvre permanente d'ouvriers dockers¹⁸ ou encore la liste des aérodromes destinés au long courrier¹⁹. Ces listes ont ceci en commun que l'autorité administrative ne fait que constater qu'une situation entre dans les prévisions d'un texte, ce qui n'est pas le cas ici puisque, comme nous vous l'avons dit, le Premier ministre a une marge d'appréciation. Le décret en cause n'a pas pour objet de déterminer le régime juridique applicable à une situation donnée, comme le font les décisions portant délimitation ou classement, il précise le champ d'application de dispositions législatives. C'est un acte réglementaire.

La conclusion pourrait être différente si vous estimiez que le décret ne fait qu'identifier les entreprises à détention publique majoritaire car il n'aurait alors qu'une portée recognitive. A titre de comparaison, ne revêtent pas de caractère réglementaire l'acte authentifiant les chiffres de la population issus du recensement²⁰ ou l'acte par lequel le maire détermine la population de l'agglomération de sa commune²¹.

Il est vrai que l'article L. 3321-1 du code du travail permet au décret d'apporter des adaptations au régime de la participation et qu'en présence d'un acte constatant l'applicabilité d'un régime juridique tout en y apportant des modifications d'espèce vous faites prévaloir le caractère réglementaire²². Mais il n'y a eu aucune adaptation en l'espèce.

Au total, la décision attaquée porte sur le refus de modifier un acte réglementaire. Vous avez l'occasion de dire nettement que la jurisprudence C... n'est pas applicable à ce type de décision et vous rejetterez pour ce motif la fin de non-recevoir tirée de la tardiveté de la requête.

Vous en viendrez donc au fond et au moyen tiré de la méconnaissance du principe d'égalité. La loi ne fait pas écran à ce moyen, contrairement à ce qui est soutenu en défense, dès lors que les distinctions entre entreprises publiques résultent du décret. Mais en l'absence de critère de distinction fixé par la loi, vous vous en tiendrez à vérifier la cohérence d'ensemble des choix opérés par le pouvoir réglementaire. On peut s'interroger sur la pertinence de certaines différences pointées par la défense entre ADP et les aéroports ultramarins. La différence de taille n'est pas déterminante dès lors que le seuil légal de 50 salariés est dépassé. L'antériorité de ADP sous le statut de société anonyme ne l'est pas non plus. En revanche, les bénéfices réalisés par ADP sont nettement plus importants, ce qui est en rapport avec l'objet de la participation, même si toutes les entreprises mentionnées par le

¹⁸ CE, 17 février 1992, Société Sogetra et Chambre de commerce et d'industrie de Libourne, n° 116380, B

¹⁹ CE, 5 mai 1993, Association de défense des riverains de l'aéroport de Deauville-Saint-Gatien, n° 126450, B

²⁰ CE, 31 octobre 2014, DÉPARTEMENT DES HAUTS-DE- SEINE et autres, n°s 377349, 378808, 380107, 377389, 380108, 380109, 380111, 381179, 382541, 382979, B

²¹ CE, 13 mars 2020, SOCIÉTÉ AFFICION LCARTEL, n° 427207, B

²² Voir les conclusions de J. Arrighi de Casanova sur 1 décembre 1993, Commune de Saint-Denis, n° 151495. Egalement les conclusions de V. Daumas sur CE, 20 mars 2017, B... c\ MINISTÈRE DE L'AGRICULTURE, DE L'AGROALIMENTAIRE ET DE LA FORÊT, n° 387319, B

décret de 1987 ne brillent pas par leurs bénéfices. Surtout, le soutien financier de l'Etat pèse plus lourdement pour les aéroports ultramarins dont le degré d'autonomie nous paraît moindre. Dans ces conditions, le pouvoir réglementaire a pu sans méconnaître le principe d'égalité refuser de les inscrire sur la liste des entreprises publiques soumises à la participation aux résultats, alors même que la société ADP y figure.

PCMNC

- **Intervention admise**
- **Rejet de la requête**