

Société Civile Professionnelle
H. MASSE-DESSEN, G. THOUVENIN, O. COUDRAY
Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation
13, rue du Cherche-Midi - 75006 Paris
Tel : 01 53 63 20 00

CONSEIL D'ETAT
SECTION DU CONTENTIEUX

REQUETE ET MEMOIRE

POUR :

La Confédération Française et Démocratique du Travail, dont le siège est situé 4 Bd de La Villette à Paris (75019), agissant poursuites et diligences de ses représentants statutaires, dument habilités et domiciliés en cette qualité audit siège.

S.C.P. H. MASSE-DESSEN - G. THOUVENIN - O. COUDRAY

CONTRE :

L'article 8 de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective (NOR : MTRT1724786R ; JORF du 23 septembre 2017, texte n° 29), en ce qu'il modifie la sous-section 3 de la section 3 du chapitre II du Titre III du Livre II de la deuxième partie du même code en introduisant les nouveaux articles L 2232-21, L 2232-22 et L 2232-23 du code du travail

* * *
*

La confédération exposante défère l'ordonnance attaquée à la censure du Conseil d'Etat en tous les chefs qui lui font grief. Elle en sollicite l'annulation par les éléments de fait et moyens de droit suivants.

5-4440

- FAITS -

I. -

Prise dans le cadre de la loi d'habilitation n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 pour le renforcement du dialogue social, souhaitant notamment modifier l'articulation des normes qui s'appliquent à la relation de travail et les relations entre les salariés et les entreprises, le Gouvernement a été autorisé par le Parlement à intervenir par ordonnance dans le champ législatif du code du travail.

Cinq ordonnances ont ainsi été publiées (visant respectivement à instaurer une nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise, à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, à fixer un nouveau cadre de la négociation collective, et à assurer la prévention et la prise en compte des effets de l'exposition à certains facteurs de risques professionnels) dont une (n° 2017-1385 du 22 septembre 2017) est « *relative au renforcement de la négociation collective* ».

Cette ordonnance vise notamment à clarifier, autour de trois blocs, les rôles respectifs des accords de branche et des accords d'entreprise, avec pour objectif affiché d'instaurer le principe de la primauté de l'accord collectif d'entreprise par rapport à l'accord de branche et même, dans certaines circonstances qu'il définit, du contrat de travail individuel.

En cela, cette ordonnance constitue le dernier élément d'une série de réformes d'ampleur, qui se sont succédées et ont bousculé les règles relatives au dialogue social dans l'entreprise et à la place de l'accord d'entreprise (ANI sur la sécurisation de l'emploi du 11 janvier 2013, loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi et loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels).

Elles ont pour objet déclaré de tendre à un *renforcement* et une *légitimation du dialogue social*.

Au fur et à mesure de ces réformes, des sujets plus nombreux ont été renvoyés de manière prioritaire à la négociation d'entreprise, en partant de la situation vécue, dans le cadre d'un maintien des garanties et des protections pour les salariés et des dispositifs de régulation assurés par la branche et par la loi.

La CFDT a, dans ce cadre, lutté dans la perspective d'une démocratie sociale plus dynamique, d'un dialogue social plus proche des salariés et plus efficace, mené avec des partenaires sociaux représentatifs (réforme de la représentativité avec la loi n° 2008-789 du 20 août 2008), et des acteurs formés et informés, et obtenu des avancées significatives.

II. -

Mais les évolutions impulsées par les ordonnances du 22 septembre 2017 critiquées par le présent recours marquent au contraire un recul dans cette vision du dialogue social en ouvrant la voie à un contournement des partenaires sociaux, et en renforçant la place du pouvoir unilatéral de l'employeur.

Est en fait ici mis en place, aux lieux et place d'un dialogue social renforcé et fécond, une forme de monologue social incohérente dans les entreprises de plus petite envergure qui sont pourtant les plus fragiles, monologue que la Confédération CFDT ne peut que dénoncer et combattre.

C'est pourquoi la Confédération Française et Démocratique du Travail, l'organisation exposante, vient former le présent recours.

* * *

*

- DISCUSSION -

III. -

L'annulation des dispositions déferées s'impose d'abord en ce qu'il n'apparaît pas qu'elles correspondent au texte du projet soumis par le Gouvernement au Conseil d'Etat, et au texte résultant de l'avis émis par le Conseil d'Etat.

Il appartiendra en effet à l'administration de justifier de ce que la version définitive de ce texte ne diffère pas à la fois de la version initiale, soumise au Conseil d'Etat, et de celle adoptée par celui-ci (CE, 2 mai 1990, Joannides et Synd. Nat. des médecins, chirurgiens, spécialistes et biologistes des hôpitaux publics, n° 86662, au Recueil) et de justifier des motifs fondant les divergences qui existent par rapport au texte adopté par le Conseil d'Etat.

En l'état, l'annulation est donc encourue.

IV. -

Au fond, l'annulation s'impose tout autant.

1. -

L'article 8 de l'ordonnance qui est ici en litige a modifié la sous-section 3 de la section 3 du chapitre II du titre III du livre II de la deuxième partie du code du travail.

Désormais intitulée « *Modalités de négociation dans les entreprises dépourvues de délégué syndical ou de conseil d'entreprise* » cette sous-section détermine, dans un premier paragraphe, les « *Modalités de ratification des accords dans les entreprises dont l'effectif habituel est inférieur à onze salariés* ».

Celles-ci font désormais l'objet de deux articles.

L'article L. 2232-21 est ainsi rédigé :

« Dans les entreprises dépourvues de délégué syndical et dont l'effectif habituel est inférieur à onze salariés, l'employeur peut proposer un projet d'accord aux salariés, qui porte sur l'ensemble des thèmes ouverts à la négociation collective d'entreprise prévus par le présent code.

La consultation du personnel est organisée à l'issue d'un délai minimum de quinze jours courant à compter de la communication à chaque salarié du projet d'accord.

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. »

L'article L. 2232-22 dispose ensuite :

« Lorsque le projet d'accord mentionné à l'article L. 2232-21 est ratifié à la majorité des deux tiers du personnel, il est considéré comme un accord valide. »

Quant au second paragraphe de cette même sous-section, il fixe les modalités de négociation dans les entreprises dont l'effectif habituel est compris entre onze et vingt salariés et prévoit en un unique article (L. 2232-23) que, en l'absence de membre élu de la délégation du personnel du comité social et économique, les dispositions des articles L. 2232-21 et L. 2232-22 s'appliquent.

2. -

De l'article 8 de l'ordonnance en litige, en ce qu'il modifie les articles L2232-21, L2232-22 et L2232-23 du code du travail, il résulte donc que, tant dans les entreprises dont l'effectif est inférieur à 11 salariés, en l'absence de

délégué syndical, que dans celles où l'effectif est compris entre 11 et 20 salariés, en l'absence de délégué syndical et/ou de délégués élus, l'employeur peut proposer aux salariés un « projet d'accord » - qui peut porter sur l'ensemble des thèmes ouverts à la négociation collective d'entreprise prévus par le code - et qui, s'il est ratifié à la majorité des deux tiers du personnel, est considéré comme un accord collectif valide.

Ce « projet d'accord » est donc proposé *unilatéralement* par l'employeur qui le soumet au vote en vue de lui voir conférer la qualité d'accord collectif applicable, avec toutes les conséquences qui en résultent (notamment dans ses rapports avec les contrats de travail, comme on le verra).

Il ne s'agit donc nullement de conférer par la voie du référendum, validité à un accord qui aurait été préalablement négocié. Le projet soumis n'a nullement besoin d'être le fruit d'une négociation préalable. Les salariés sont seulement appelés à ratifier un texte établi de façon unilatérale, portant sur « *l'ensemble des thèmes ouverts à la négociation collective d'entreprise prévus par le présent code* », sans avoir été, ni directement, ni par leurs représentants, appelés à le négocier.

Il s'agit là d'une des nombreuses incohérences de cette disposition par rapport au reste du dispositif dans lequel elle s'intègre. En effet, l'employeur d'une entreprise jusqu'à 20 salariés aura davantage de latitude pour imposer unilatéralement son projet de texte (sur *l'ensemble* des thèmes couverts par le code), que l'employeur d'une entreprise de plus de 50 salariés dépourvue de délégué syndical, dans laquelle les négociations avec les élus et les salariés mandatés ne peuvent porter que sur les « *accords collectifs de travail relatifs à des mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif* » (L.2232-24 du code du travail), ce qui en circonscrit le champ.

Ce faisant, le texte est manifestement illégal.

V. -

En premier lieu, la disposition en litige **excède les limites prévues par la loi n° 2017- 1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation** à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.

Le b du 2° de l'article 1^{er} de cette loi habilite en effet le Gouvernement à prendre par ordonnances toute mesure permettant de favoriser les conditions de mise en œuvre de la négociation collective en facilitant « *le recours à la consultation des salariés pour valider un accord, à l'initiative d'un syndicat représentatif dans l'entreprise, de l'employeur ou sur leur proposition conjointe* ».

1. -

Ce texte n'autorise donc la validation par referendum que des *accords* préalablement valablement conclus ; il n'autorise en revanche en aucun cas qu'une décision *unilatérale*, non soumise à une négociation collective préalable régulièrement conduite, puisse faire l'objet d'une telle validation pour produire tous les effets d'un accord collectif.

Et aucune autre disposition de la loi ne le permet.

2. -

On peut au demeurant d'autant moins hésiter sur l'existence d'une telle limitation dans la loi d'habilitation que telle a été l'interprétation qu'en a fait le Conseil constitutionnel.

Dans sa décision n° 2017-751 DC du 7 septembre 2017 le Conseil a validé cette disposition, au motif que :

« 20. (...) en habilitant le Gouvernement à faciliter le recours à la consultation des salariés pour valider un accord, à l'initiative d'un syndicat représentatif dans l'entreprise, de l'employeur ou sur leur proposition conjointe, le législateur a

suffisamment précisé les finalités des mesures susceptibles d'être prises par voie d'ordonnance ainsi que leur domaine d'intervention [...] ;

« 21. (...) les dispositions contestées concernent seulement la validation d'un accord déjà conclu et ne sont, ni par elles-mêmes, ni par les conséquences qui en découlent nécessairement, contraires à la liberté syndicale et au principe de participation à la détermination collective des conditions de travail. Elles ne sauraient avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le Gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en vertu de l'article 38 de la Constitution, de respecter cette liberté et ce principe. Les griefs tirés de leur méconnaissance doivent donc être écartés ».

Ce n'est donc *que* parce que les dispositions visées ne concernent que des accords *déjà conclus* que la loi a été déclarée conforme à la Constitution.

3. -

Tout juste convient-il de rajouter que cela est parfaitement logique et cohérent.

Dans sa rédaction résultant de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, l'article L. 2231-1 du code du travail définit en effet l'accord collectif de travail comme un acte conclu entre :

- d'une part, une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives dans le champ d'application de la convention ou de l'accord ;
- d'autre part, une ou plusieurs organisations syndicales d'employeurs, ou toute autre association d'employeurs, ou un ou plusieurs employeurs pris individuellement.

Un acte unilatéral de l'employeur ne peut donc recevoir la qualification d'accord collectif, sans que soit méconnue le sens et la portée de ce texte.

En d'autres termes, le Gouvernement n'a pas été habilité à prévoir qu'un référendum pourrait transformer en accord collectif valide ce qui n'est initialement qu'une décision unilatérale.

En le faisant, l'ordonnance excède les limites de l'habilitation donnée par la loi.

VI. -

Au demeurant le législateur n'aurait pas pu autoriser une telle mesure et, en ce qu'elle le fait, l'ordonnance en litige est entachée, d'une part, d'une **violation du principe de participation** prévu à l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 et, d'autre part, d'une **violation du principe de la liberté syndicale**, garanti par le 6^e alinéa de ce Préambule

En application du premier de ces textes « *tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises.* »

Quant au second il précise que « *tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale* »

Ces principes sont violés à un triple titre.

1. -

Le principe de participation est tout d'abord violé par l'absence de toute négociation collective préalable du projet soumis à référendum.

Rien, dans le texte critiqué, n'impose que le texte soumis à ratification soit préalablement négocié

Pourtant, l'ordonnance elle-même, dans les cas de négociation dans les entreprises dénuées de délégués syndicaux, prévoit en son article 8 instituant un nouvel article L. 2232-9 du code du travail des garanties de négociation qui font ici défaut.

Ce texte dispose en effet :

« La négociation entre l'employeur et les membres de la délégation du personnel du comité social et économique, mandatés ou non, ou les salariés de l'entreprise mandatés se déroule dans le respect des règles suivantes :

1° Indépendance des négociateurs vis-à-vis de l'employeur ;

2° Elaboration conjointe du projet d'accord par les négociateurs ;

3° Concertation avec les salariés ;

4° Faculté de prendre l'attache des organisations syndicales représentatives de la branche... ».

Ces garanties s'appliquent aux accords négociés, en sorte que le défaut de négociation prive de plus fort les salariés de la garantie d'une négociation loyale.

2. -

Ce principe est encore méconnu en ce que le texte en litige met les représentants des travailleurs à l'écart, alors le texte du Préambule de la Constitution de 1946 prévoit que la détermination collective des conditions de travail doit être faite « *par l'intermédiaire de délégués* », représentants des travailleurs.

Cette intervention de représentants des travailleurs a pour origine et pour fonction de garantir l'indépendance des négociateurs par rapport à

l'employeur, afin d'assurer l'égalité dans la négociation - qui n'existe pas dans le contrat individuel - mais aussi la prise en compte de l'intérêt de la collectivité des salariés, et non de leurs seuls intérêts individuels.

C'est ce qui justifie la fonction réglementaire de l'accord collectif et son application à tous les salariés de la collectivité concernée.

La négociation par l'intermédiaire de représentants est donc un élément structurel de la procédure de négociation collective, sans lequel il ne peut pas y avoir de négociation collective, au sens du principe de participation.

Or, comme ne cesse de le rappeler l'organisation exposante, et comme il résulte de l'ensemble des textes applicables, c'est bien l'intermédiation assurée au premier chef par des représentants syndicaux, formés et accompagnés par les organisations syndicales représentatives, qui garantit la correction du déséquilibre créé par le lien de subordination entre employeur et salarié.

Pour le dire autrement, sans représentation, la négociation ne peut être ni loyale, ni équitable. Et tout ce qui contrevient – comme ici – à cette nécessité contrevient à ce principe.

3. -

On peut même ajouter que la méconnaissance des dispositions constitutionnelles est d'autant plus avérée que les dispositions critiquées encouragent cette mise à l'écart des représentants des travailleurs (qu'ils soient des représentants syndicaux ou élus), puisque l'employeur, délié de toute obligation de rechercher un interlocuteur, est incité à agir seul, sous réserve de ratification.

Or, si les organisations syndicales n'ont pas un monopole de négociation, et 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* » c'est à la condition « *que*

leur intervention n'ait ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à celle des organisations syndicales représentatives » (CC décision n° 96-383 DC du 6 novembre 1996, Loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective),

A fortiori, la mise à l'écart *et* des organisations syndicales *et* des représentants élus au profit d'une décision unilatérale (même ratifiée) de l'employeur, sans que ce dernier soit incité à rechercher la négociation porte atteinte à ces principes.

Or le dispositif mis en place - qui autorise l'employeur à faire valider, par référendum, sa décision *unilatérale* - a pour objet, et en tout état de cause pour effet, de faire obstacle à la participation des représentants des travailleurs, et singulièrement des organisations syndicales.

Et il ne peut être objecté que la mesure ne serait applicable qu'en l'absence de représentants dans l'entreprise. L'absence de représentant (du personnel ou syndical) dans l'entreprise n'exclut en effet pas l'existence de syndicats représentatifs (et donc légitimes), que ce soit au niveau de la branche dans laquelle se situe l'entreprise ou au niveau national interprofessionnel, susceptibles de mandater un salarié, comme il a été prévu dans le cadre des négociations des accords relatifs à la réduction du temps de travail.

L'absence de délégués syndicaux n'est donc pas exclusive de toute possible négociation et l'ordonnance, finalement, encourage l'employeur à ne pas les mettre en œuvre, trouvant avantage à ne pas avoir à promouvoir la représentation collective.

L'ordonnance attaquée ne pouvait donc déroger à ces principes.

VII. -

Au demeurant, la transformation d'une décision unilatérale non négociée en accord collectif par ratification par referendum est manifestement **contraire aux principes internationaux** les mieux établis.

L'Organisation Internationale du Travail a ainsi inscrit la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective, parmi les 4 droits qui ont fait l'objet de la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail adoptée le 18 juin 1998, qui s'impose à tout membre de l'OIT, même en l'absence de ratification des conventions correspondantes. Le droit d'organisation collective et de négociation collective, prévus par la convention 98 de l'OIT, qui prolonge la liberté syndicale prévue par la convention 87 de l'organisation sont-ils ainsi indissolublement liés.

Aux termes de la recommandation n° 91 de l'OIT, paragraphe 2, on entend par négociation collective « *tout accord écrit relatif aux conditions de travail et d'emploi conclu entre, d'une part, un employeur, un groupe d'employeurs ou une ou plusieurs organisations d'employeurs, et, d'autre part, une ou plusieurs organisations représentatives de travailleurs, ou, en l'absence de telles organisations, les représentants des travailleurs intéressés, dûment élus et mandatés par ces derniers en conformité avec la législation nationale.* »

La convention 98 de l'OIT, ratifiée par la France, et d'application directe, prévoit quant à elle en son article 4 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. ».

La convention n° 135, elle aussi ratifiée, est relative aux représentants des travailleurs dans les entreprises, définit ces représentants comme étant soit des représentants syndicaux (nommés par les syndicats ou les membres des syndicats), soit des représentants (librement) élus. Elle précise en son article 5 que lorsqu'il existe des représentants élus et des représentants syndicaux, la présence des premiers ne peut avoir pour objet d'affaiblir la situation des syndicats intéressés

Comme le relèvent MM. Gernigon, Odero et Guido (Les principes de l'OIT sur la négociation collective, Revue Internationale du Travail, vol 139 (2000) n° 1, pp. 38 et s.) :

« Comme on l'a vu, les instruments de l'OIT n'autorisent la négociation collective avec des représentants des travailleurs intéressés que s'il n'existe pas d'organisations syndicales au niveau concerné (entreprise ou niveau supérieur).

Ce principe est exprimé dans le paragraphe 2 déjà cité de la recommandation n° 91 et se trouve confirmé dans la convention n° 135 qui dispose dans son article 5 que [...] des mesures appropriées devront être prises, [...] pour garantir que « la présence de représentants élus ne puisse servir à affaiblir la situation des syndicats intéressés ou de leurs représentants (BIT, 1985, p. 10). De même, la convention n° 154, dispose, dans son article 3, paragr. 2, que « des mesures appropriées devront être prises, chaque fois qu'il y a lieu, pour garantir que la présence de ces représentants [des travailleurs] ne puisse servir à affaiblir la situation des organisations de travailleurs intéressées (ibid., p. 268).

La possibilité que des représentants des travailleurs puissent conclure des conventions collectives en l'absence d'une ou de plusieurs organisations représentatives des travailleurs a été prévue dans la recommandation n° 91 « en prenant en considération le cas des pays où les organisations syndicales n'ont pas encore atteint un degré de développement suffisant et afin que les principes posés par la recommandation puissent être appliqués dans ces pays » (BIT, 1951, p. 633).

Le Comité de la liberté syndicale estime que les « accords directs » conclus entre un employeur et un groupe de travailleurs non syndiqués, alors qu'il existe un syndicat dans l'entreprise, n'encouragent pas la négociation collective au sens de l'article 4 de la convention n° 98 (BIT, 1996a, paragr. 790). Entrant dans le détail, dans un autre cas, le comité a relevé que cette disposition exclut la possibilité pour un employeur de conclure des conventions collectives avec des délégués du personnel qui ne représentent que 10 pour cent des travailleurs (ibid., paragr. 788). La commission d'experts n'a pas traité ces questions dans sa dernière étude d'ensemble sur les conventions n° 87 et n° 98 (BIT, 1994a), mais elle l'a fait dans ses observations sur l'application dans certains pays des conventions sur la liberté syndicale et la négociation collective, adoptant à l'égard des conventions collectives conclues avec des groupes de travailleurs non syndiqués un avis semblable à celui du Comité de la liberté syndicale (voir, par exemple, les observations relatives au Costa Rica dans BIT, 1993a, p. 1998 et BIT, 1994b, p. 224) ».

S'avère ainsi contraire à ces conventions une disposition qui encourage la mise à l'écart de la négociation avec des représentants des travailleurs en priorité syndicaux, et la ratification de décisions unilatérale par referendum, sans négociation préalable avec les représentants des travailleurs, *a fortiori* en favorisant la décision unilatérale et le monologue social au détriment de la négociation collective et du dialogue social.

Il s'agit en effet d'écarter les représentants des travailleurs de la négociation, alors même qu'on ne peut pas considérer que le mouvement syndical en France qui est plus que centenaire n'ait pas accédé à un niveau de développement suffisant pour être appelé à la négociation.

A tous ces égards donc, l'ordonnance doit être censurée.

VIII. -

Mais il y a plus.

Aux termes de l'article 11 de la **Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales** :

« 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 ».

Et l'on sait que, au regard de cet article, la liberté syndicale et le droit de négociation collective sont indissolublement liés.

Comme l'a conclu la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt de Grande Chambre « Demir et Baykara » du 12 novembre 2008 (n° 34503/97) :

« 85. La Cour, quand elle définit le sens des termes et des notions figurant dans le texte de la Convention, peut et doit tenir compte des éléments de droit international autres que la Convention, des interprétations faites de ces éléments par les organes compétents et de la pratique des Etats européens reflétant leurs valeurs communes. Le consensus émergent des instruments internationaux spécialisés et de la pratique des Etats contractants peut constituer un élément pertinent lorsque la Cour interprète les dispositions de la Convention dans des cas spécifiques.

86. Dans ce contexte, il n'est pas nécessaire que l'Etat défendeur ait ratifié l'ensemble des instruments applicables dans le domaine précis dont relève l'affaire concernée. Il suffit à la Cour que les instruments internationaux pertinents dénotent une évolution continue des normes et des principes appliqués dans le droit international ou dans le droit interne de la majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe et

attestent, sur un aspect précis, une communauté de vue dans les sociétés modernes (mutatis mutandis, Marckx, précité, § 41) ».

Or s'agissant de la liberté syndicale et du droit à la négociation, elle a ainsi statué :

« 154. En conséquence, la Cour estime, eu égard aux développements du droit du travail tant international que national et de la pratique des Etats contractants en la matière, 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. »

Sont ainsi intégrés au droit positif, directement applicable au sens de la Convention européenne, les divers instruments internationaux rappelés dans cette décision, et qui garantissent le droit à la négociation, la promotion du droit syndical, et le droit à la négociation collective des travailleurs par l'intermédiaire de leurs représentants.

On citera, outre les conventions de l'OIT précitées, l'article 6 de la Charte sociale européenne (révisée), qui prévoit que :

« En vue d'assurer l'exercice effectif du droit de négociation collective, les Parties contractantes s'engagent :

1. à favoriser la consultation paritaire entre travailleurs et employeurs ;

2. à promouvoir, lorsque cela est nécessaire et utile, l'institution de procédures de négociation volontaire entre les employeurs ou les organisations d'employeurs, d'une part, et les organisations de travailleurs, d'autre part, en vue de régler les conditions d'emploi par des conventions collectives ;

3. à favoriser l'institution et l'utilisation de procédures appropriées de conciliation et d'arbitrage volontaire pour le règlement des conflits du travail ; et reconnaissent :

4. le droit des travailleurs et des employeurs à des actions collectives en cas de conflits d'intérêt, y compris le droit de grève, sous réserve des obligations qui pourraient résulter des conventions collectives en vigueur. »

On citera encore l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui prévoit que :

« Les travailleurs et les employeurs, ou leurs organisations respectives, ont, conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales, le droit de négocier et de conclure des conventions collectives aux niveaux appropriés et de recourir, en cas de conflits d'intérêts, à des actions collectives pour la défense de leurs intérêts, y compris la grève. »

Une disposition qui, comme celle qui est déférée, exclut la négociation et met à l'écart les représentants des travailleurs dans la détermination des conditions de travail, s'avère donc directement contraire à ces dispositions et doit être de plus fort censurée.

IX. -

La disposition critiquée doit enfin encore être examinée au regard des **autres dispositions de l'ordonnance attaquée.**

Il en résulte en effet, comme on l'a vu, que la décision unilatérale de l'employeur ratifiée par référendum a valeur d'accord collectif au sens de l'ordonnance.

Or, aux termes de l'article 3 de l'ordonnance ici en litige, l'article L. 2254-2 nouveau est ainsi libellé :

« III. Les stipulations de l'accord se substituent de plein droit aux 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.

Le salarié peut refuser la modification de son contrat de travail résultant de l'application de l'accord.

IV. Le salarié dispose d'un délai d'un mois pour faire connaître son refus par écrit à l'employeur à compter de la date à laquelle ce dernier a communiqué dans l'entreprise sur l'existence et le contenu de l'accord.

V. 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. 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 ».

L'accord collectif se substitue ainsi aux clauses du contrat de travail, y compris en matière de rémunération, de durée du travail, et de mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise.

Il résulte de la combinaison de l'article 8 précité de l'ordonnance avec ce texte qu'une décision unilatérale de l'employeur, non préalablement négociée, mais seulement ratifiée par referendum, est susceptible de remettre en question les contrats individuels.

Si une telle disposition peut légalement le prévoir dans le cas d'un accord véritable, majoritaire, précédé d'une négociation régulière, menée par des représentants formés et informés, elle contrevient ici, en l'absence d'un tel

accord, directement à l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales, en ce qu'elle remet en cause sans justification les contrats normalement conclus, faisant prévaloir la volonté unilatérale de l'un des contractants.

Et elle contrevient tout autant au principe constitutionnel de liberté contractuelle, qui ne supporte de dérogation que pour un motif d'intérêt général (v. en dernier lieu s'agissant de la modulation du temps de travail CC n° 2012-649 DC du 15 mars 2012).

Par ailleurs, bénéficiant injustement de la qualité « d'accords » ces décisions unilatérales de l'employeur soumises à consultation, bénéficient de la présomption de légalité nouvelle des accords collectifs (L2262-12 et s.) et se trouvent désormais enserrées dans un délai court d'action en nullité (2 mois à compter de leur publication) ce qui rend encore plus difficile leur contestation ultérieure et leur contrôle a posteriori.

A cet égard l'annulation est ainsi encourue.

X. -

Tout juste importe-il à ce stade de souligner que les dispositions critiquées sont à l'évidence divisibles des autres dispositions de l'ordonnance.

L'objectif affiché dans le titre même de l'ordonnance (à savoir « le renforcement de la négociation collective ») est mis en œuvre de manière distincte selon l'effectif de l'entreprise.

Le présent recours ne concerne que les entreprises de moins de vingt salariés et ne touche pas le dispositif concernant les entreprises de plus grande taille, qui fonctionnent de manière distincte et autonome.

Il n'y aura donc aucune difficulté à constater le caractère divisible des dispositions critiquées et à les annuler sans mettre en cause le surplus de l'ordonnance.

* * *

*

PAR CES MOTIFS, et tous autres à produire, déduire ou suppléer, l'exposante conclut qu'il plaise au Conseil d'Etat :

- **ANNULER** l'article 8 de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective, en ce qu'il modifie la sous-section 3 de la section 3 du chapitre II du Titre III du Livre II de la deuxième partie du code en introduisant les nouveaux articles L 2232-21, L 2232-22 et L 2232-23 du code du travail,

- **METTRE A LA CHARGE** de l'Etat (ministre du travail) la somme de 5 000 € sur le fondement de l'article L.761-1 du code de justice administrative

PRODUCTIONS :

1. Ordonnance attaquée
2. Statuts
3. Délibération

Société Civile Professionnelle
Hélène MASSE-DESSEN, Gilles THOUVENIN, Olivier COUDRAY
Avocat au Conseil d'Etat