RECOURS DEVANT LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL SUR LES ORDONNANCES PRISES SUR LE FONDEMENT DE LA LOI N° 2017-1340 DU 15 SEPTEMBRE 2017 D'HABILITATION A PRENDRE PAR ORDONNANCES LES MESURES POUR LE RENFORCEMENT DU DIALOGUE SOCIAL

Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les membres du Conseil Constitutionnel, nous avons l'honneur de vous déférer, en application du second alinéa de l'article 61 de la Constitution, l'ensemble du projet de loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre les mesures pour le renforcement du dialogue social.

Nous estimons que le projet de loi déféré contrevient à plusieurs principes et libertés constitutionnels, en particulier :

L'objectif d'intelligibilité, les principes de clarté de la loi, d'égalité devant la loi, de participation des travailleurs et de garantie des droits, la liberté syndicale et contractuelle et les droits à l'emploi et à la protection de la santé.

Nous demandons, par voie de conséquence, à titre principal, au Conseil constitutionnel de déclarer inconstitutionnelle l'intégralité du présent projet de loi, et à titre subsidiaire, de déclarer inconstitutionnels ses articles et dispositions qui ont méconnu la Constitution.

I. Sur la procédure.

La ratification de la 6ème ordonnance n° 2017-1718 du 20 décembre 2017 visant à compléter et à mettre en cohérence les dispositions prises en application de la loi d'habilitation ou "ordonnance balai" (Art. 9 bis du texte de la CMP) n'a pas respecté le cadre de l'habilitation initiale : ces dispositions constituent un détournement de procédure (Art. 38 de la Constitution) et méconnaît le principe de clarté et de sincérité des débats parlementaires.

Cette ordonnance « balai » dépasse le cadre fixé l'habilitation en modifiant sur le fond le code du travail, alors que le projet de loi autorisait seulement des corrections d'erreurs matérielles ou d'incohérences rédactionnelles.

Il est utile de rappeler sur ce point l'article 6 du projet de l'habilitation qui indiquait :
« I. - Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, dans un délai de douze mois à compter de la promulgation de la présente loi, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnances toute mesure relevant du domaine de la loi ***afin d'harmoniser l'état du droit, d'assurer la cohérence des textes, d'abroger les dispositions devenues sans objet et de remédier aux éventuelles erreurs*** *».*

Votre décision du 7 septembre 2017 a par ailleurs strictement limité le champ de l'habilitation de la 6ème ordonnance en ces termes : « *57. Comme il ressort des travaux parlementaires, en*

*adoptant les dispositions contestées, **le législateur a seulement entendu autoriser le Gouvernement à tirer les conséquences, par ordonnances, des mesures qu'il aura adoptées et assurer ainsi la coordination des dispositions législatives en vigueur avec celles-ci.** En retenant un délai d'habilitation de douze mois, le législateur n'a pas méconnu les exigences découlant de l'article 38 de la Constitution. Dès lors, le grief tiré de la méconnaissance de cet article doit être écarté. Les dispositions du paragraphe I de l'article 6, qui ne méconnaissent aucune autre exigence constitutionnelle, sont conformes à la Constitution.* »

Or sur plusieurs aspects, les dispositions de cette 6e ordonnance ne peuvent être considérées comme de simples mesures d'harmonisation ou de cohérence, mais sont bien des mesures qui créent, modifient ou abrogent des dispositions emportant une modification de l'ordre juridique, parfois au mépris de principes fondamentaux du droit du travail.

A titre d'exemple :

- **Sur l'instance unique de représentation du personnel**, elle renforce les compétences de négociation du conseil d'entreprise. Il sera seul compétent pour négocier conclure et réviser les accords d'entreprises, y compris les accords portant sur un plan de sauvegarde de l'emploi, excluant ainsi complètement la compétence des délégués syndicaux en matière de négociation. (Au 111° de l'article 1 de la 6ème ordonnance) ;
- **En matière de licenciement économique**, l'ordonnance rend opposable le délai de contestation du licenciement économique au salarié même s'il n'est pas mentionné dans la lettre de licenciement, en supprimant la condition d'opposabilité prévue à la dernière phrase de l'article 1235-7 du code du travail. (Au 21° de l'article 1 de la 6ème ordonnance) ;
- Elle prévoit également de réduire le champ de l'accord portant sur un plan de sauvegarde de l'emploi en supprimant le dernier alinéa de l'article L. 1233-24-2 du code du travail. L'accord n'aura plus la faculté de préciser "les conséquences des licenciements projetés en matière de santé, de sécurité ou de conditions de travail ". (Au 10° de l'article 1 de la 6ème ordonnance).
- Elle supprime (art 4 bis) **l'instance de représentation dans les réseaux de franchises**, prévue à l'article 64 de la loi du n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

Ainsi, ces dispositions constituent un détournement de la procédure prévue à l'article 38 de la Constitution et *in fine* une méconnaissance du principe de clarté et de sincérité des débats parlementaires (décision n°2005-512 DC du 21 avril 2005, notamment).

II) Sur le fond

1) Sur l'inintelligibilité de ce projet de loi.

A de nombreux égards, le texte déféré ne répond pas à l'exigence d'intelligibilité résultant de votre jurisprudence.

S'agissant des accords collectifs, les articles L. 2253-1 à L. 2253-7 sont particulièrement hermétiques. Ils définissent trois catégories d'accords, et précisent dans quels domaines l'accord d'entreprise déroge à l'accord de niveau supérieur, ceci selon la date de conclusion de l'un et de l'autre. Ainsi l'effet des accords est différent selon leur objet, leur date de signature, le contenu des normes existantes au moment de l'entrée en vigueur de la loi. La seule lecture d'un accord passé ou présent ne suffit pas à en déterminer la portée.

De plus, la complexité de ces énonciations, l'imprécision des domaines ainsi visés est aussi de nature à faire naître une importante incertitude sur les dispositions entrant ou demeurant en vigueur, et sur le champ d'intervention de la négociation valable.

En outre la notion de « garanties équivalentes », visé à l'article L. 2253-1 est particulièrement floue, ce alors même qu'elle conditionne la portée de ces accords.

Cette complexité est d'autant plus préjudiciable que les recours contre les accords sont dorénavant enfermés dans un délai bref de 2 mois, et que l'exercice de tels recours suppose la connaissance du droit applicable. De plus, comme il est montré par ailleurs, l'accord peut se substituer au contrat de travail et le salarié peut avoir à prendre parti dans des délais restreints ce qui suppose que soit déterminé avec certitude quel est le droit applicable.

De surcroît, cette inintelligibilité caractérisée est d'autant moins acceptable que les dispositions en cause conditionnent l'effectivité de l'accès au droit et de l'exercice du droit à un recours et qu'elles visent non pas un public averti (organisations syndicales, entreprises) mais bien n'importe quel travailleur.

Par ailleurs, le texte méconnaît l'exigence d'accessibilité du droit (Votre décision 99-421 DC).

En effet, aucune obligation n'est faite, dans la publication imposée des accords en vigueur dans la base de données prévue à l'article L.2231-5-1 de préciser les dispositions effectivement applicables après résolution des conflits résultant de la pluralité des normes, en application des règles fixant les possibilités de dérogations. De même, aucune obligation n'est faite de porter à la connaissance des salariés les normes conventionnelles effectivement applicables.

En outre, en ne prévoyant pas les modalités de la connaissance effective en temps réel du droit applicable, le texte visé ne satisfait encore pas au critère d'accessibilité de la loi, et ne garantit pas les droits des personnes à une protection effective dans les domaines traités par les accords collectifs, portant atteinte notamment au principe de participation, au droit à la santé, à la liberté du travail, à la liberté contractuelle et au droit au juge.

2) Sur la « négociation » dans les PME.

Plusieurs dispositions de cette loi concernant la « négociation » dans les petites et moyennes entreprises (PME) méconnaissent les principes constitutionnels suivants : principe de participation des travailleurs, liberté syndicale, et principe d'égalité.

La loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi d'habilitation n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 prévoit des modalités de négociation dans les entreprises dépourvues de délégué syndical dont l'effectif habituel est inférieur à 11 salariés, et dans celles dont l'effectif est inférieur à 20 salariés en l'absence de membre élu de la délégation du personnel du comité social et économique.

Ces modalités sont fixées par quatre nouveaux articles du code du travail.

« Art. L. 2232-21
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 ou un avenant de révision 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'État.

Art. L. 2232-22
Lorsque le projet d'accord ou d'avenant de révision mentionné à l'article L. 2232-21 est approuvé à la majorité des deux tiers du personnel, il est considéré comme un accord d'entreprise valide.
L'accord ou l'avenant de révision ainsi conclu peut être dénoncé à l'initiative de l'employeur dans les conditions prévues par l'accord ou à défaut de stipulation expresse par les articles L. 2261-9 à L. 2261-13.
L'accord ou l'avenant de révision peut également être dénoncé à l'initiative des salariés dans les conditions prévues par l'accord ou à défaut de stipulation expresse par les articles L. 2261-9 à L. 2261-13, sous réserve des dispositions suivantes :
– les salariés représentant les deux tiers du personnel notifient collectivement et par écrit la dénonciation à l'employeur ;
– la dénonciation à l'initiative des salariés ne peut avoir lieu que pendant un délai d'un mois avant chaque date anniversaire de la conclusion de l'accord.

Art. L. 2232-22-1.
Les modalités de révision et de dénonciation prévues à l'article L. 2232-22 sont applicables aux accords collectifs quelles qu'aient été les modalités de leur conclusion lorsque l'entreprise vient à remplir postérieurement les conditions prévues aux articles L. 2232-21 et L. 2232-23.

Art. L. 2232-23
Dans les entreprises dont l'effectif habituel est compris entre onze et vingt salariés, en l'absence de membre élu de la délégation du personnel du comité social et économique, les articles L. 2232-21, L. 2232-22 et L. 2232-22-1 s'appliquent.

Méconnaissance du principe de participation et de la liberté syndicale : Aux termes de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946, « *tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ». En vertu de votre jurisprudence, ce principe a une valeur normative ; il ne peut être directement méconnu et exige aussi du législateur qu'il exerce pleinement sa compétence pour garantir sa pleine effectivité.

Ainsi, depuis 1977 (n° 77-79 DC du 5 juillet 1977), le Conseil constitutionnel reconnait une portée normative à la disposition de l'alinéa 8 sur le fondement de l'article 34 de la Constitution de 1958. Ainsi, le principe de participation s'impose au législateur lorsqu'il fixe les principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical. Selon les termes de votre jurisprudence, « *il appartient au législateur, compétent en application de l'article 34 de la Constitution pour déterminer les principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical, de fixer les conditions de mise en œuvre du droit des travailleurs de participer par l'intermédiaire de leurs délégués à la détermination des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* » (n° 2017-652 QPC du 4 août 2017 et voir aussi décision n° 2017-664 QPC du 20 octobre 2017).

Au cas présent, il peut être soutenu que le législateur a méconnu ce principe constitutionnel pour deux raisons.

a) Le principe de participation implique nécessairement l'intervention de délégué(s).

L'incise à l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 « *par l'intermédiaire de leurs délégués* » formule moins un constat qu'une exigence : il faut comprendre que les travailleurs ne peuvent participer à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises que par l'intermédiaire de délégués.

Cette exigence était déjà au cœur de la décision du 6 novembre 1996 sur les modalités de négociation dérogatoires dans les entreprises de moins de 50 salariés dépourvues de délégué syndicaux (décision n°96-383 DC du 6 novembre 1996) : « *Si l'alinéa 6 (liberté syndicale) et l'alinéa 8 (principe de participation) confèrent aux organisations syndicales vocation naturelle à assurer, notamment par la voie de la négociation collective, la défense des droits et intérêts des travailleurs, elles n'attribuent pas pour autant à celles-ci un monopole de la représentation des salariés en matière de négociation collective* ». Par conséquent, « *des* ***salariés désignés par la voie de l'élection ou titulaires d'un mandat assurant leur représentativité****, peuvent également participer à la détermination collective des conditions de travail dès lors que leur intervention n'a ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à celle des organisations syndicales représentatives* ».

Nul doute que la qualité des personnes appelées à suppléer l'absence des syndicats a été décisive dans cette décision. Si le Conseil constitutionnel a admis ces possibilités de négociation dérogatoire, c'est parce qu'elles mettaient l'employeur face à un ou des salarié(s) titulaire(s) d'un mandat de représentation (soit un mandat électif, soit un mandat syndical). En d'autres termes, c'est parce qu'il s'agissait de personnes dépositaires de l'intérêt des salariés que le principe de participation était respecté.

Le Conseil constitutionnel paraît avoir confirmé cette analyse dans sa décision du 7 septembre 2017 relative à la loi d'habilitation (décision 2017-751 DC du 7 septembre 2017). En effet les requérants voyaient une atteinte à la liberté syndicale et au principe de participation dans le fait

d'ouvrir la possibilité à l'employeur de solliciter une consultation directe des salariés pour valider un accord collectif.

Pour rejeter ces griefs, le Conseil constitutionnel relève que « *les dispositions contestées concernent seulement la validation d'un accord déjà conclu* ». Les deux adverbes employés (« seulement » et « déjà ») sont lourds de sens.

La formule laisse à penser que si la consultation directe des salariés est admise, c'est uniquement parce qu'elle permet de s'assurer de l'approbation par les salariés d'un accord ayant fait l'objet d'une véritable négociation collective.

En d'autres termes, l'on comprend que le principe de participation n'autorise la consultation directe des salariés qu'en complément d'une négociation préalablement menée par leurs représentants et d'un accord conclu.

Et cela s'explique aisément : si la présence de délégués s'impose, c'est parce que ces derniers garantissent l'égalité dans la négociation - qui n'existe pas dans le contrat individuel – en permettant la prise en compte de l'intérêt de la collectivité des salariés.

Outre la qualité des représentants (élus ou mandaté(s)) des négociateurs, le Conseil constitutionnel a posé une limite dans son importante décision de 1996. Rappelons que si « *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 (« dès lors ») « que leur intervention n'[ait] ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à celle des organisations syndicales représentatives ».

Or, en permettant à l'employeur de « négocier » directement avec la collectivité des salariés, le législateur prévoit un dispositif qui a nécessairement pour objet et pour effet de faire obstacle à l'intervention des organisations syndicales représentatives. La négociation, la dénonciation, la révision des accords est en effet plus facile sans représentants syndicaux et l'employeur n'a donc pas intérêt à la présence syndicale.

D'autant que le nouveau régime met fin au régime antérieur, lequel réservait la négociation dans les entreprises de moins de 11 salariés à un ou plusieurs salariés mandatés par une organisation syndicale représentative au niveau de la branche, ou à défaut, au niveau national interprofessionnel.

En plus de méconnaitre le principe de participation, les dispositions contestées portent donc atteinte à la liberté syndicale.

Le Conseil constitutionnel pourrait ne pas retenir cette argumentation au motif qu'« il est loisible au législateur, dans le domaine de compétence qui est le sien, de compléter ou d'abroger des dispositions antérieures » (décision n° 96-383 DC du 6 novembre 1996).

Il reste que ces modifications ne sont admissibles qu'à la condition « *de ne pas priver de garanties légales des principes constitutionnels* » (décision n° 96-383 DC du 6 novembre 1996). Or, cette condition n'est pas remplie.

b) Les dispositions contestées ne déterminent pas les « conditions et garanties de mise en œuvre du principe de participation ».

Sans prétendre à l'exhaustivité, on rappellera que, concernant la participation à la détermination collective des conditions de travail, le Conseil constitutionnel a identifié deux garanties :

- L'attribution d'un statut protecteur aux négociateurs (précisément lorsqu'il s'agit de salariés expressément mandatés par des organisations syndicales représentatives, décision n° 96-383 DC du 6 novembre 1996) ;
- et dans la droite ligne de la précédente : « la nécessaire indépendance du négociateur à l'égard de l'employeur » (ibid.).

Ces garanties sont bien évidemment inappropriées dans le cas présent puisque la « négociation » dont il s'agit se fait sans l'intermédiation de « délégués ».

Les dispositions contestées prévoient essentiellement trois conditions de mises en œuvre :

- La communication du projet d'accord à chaque salarié ;
- Le respect d'un délai minimal de 15 jours courant entre la communication du projet et la consultation des salariés ;
- L'approbation du texte à la majorité qualifiée à hauteur des 2/3.

A cet égard, il est bien difficile d'y voir des garanties nécessaires à « la détermination collective des conditions de travail » : une information individuelle est bien prévue, un vote aura bien lieu, mais rien ne garantit l'existence d'un échange, d'une discussion, de pourparlers entre l'employeur et la collectivité des salariés.

Si les dispositions font état d'une « consultation », ce terme est toutefois pris dans un sens restrictif : la simple expression d'une volonté individuelle dans le cadre d'un vote dont les modalités sont prévues par décret (décret n° 2017-1767 du 26 décembre 2017 relatif aux modalités d'approbation des accords dans les très petites entreprises).

Or, pour qu'il y ait détermination collective, il faut bien plus que la simple possibilité offerte à chaque salarié de prendre connaissance du document et, au sortir d'un temps de réflexion, de l'approuver ou de le désapprouver.

La « détermination collective » dont parle le principe de participation suppose que les salariés puissent collectivement négocier avec l'employeur, avec tout ce que cela emporte :

- L'obligation pour l'employeur de communiquer aux salariés toutes les informations utiles à la compréhension du projet d'accord ;
- La possibilité pour les salariés de formuler des contre-propositions et l'obligation pour l'employeur de leur apporter une réponse argumentée ;
- La protection des salariés pour les propos qu'ils pourraient dans le cadre des délibérations collectives et pendant toute la phase de négociation.

Or, rien de tout cela n'est prévu par le texte qui vous est déféré.

Au demeurant, le contraste est saisissant si l'on compare le régime de cette prétendue « négociation » avec celui encadrant la négociation dérogatoire dans les entreprises entre 11 et 49 salariés et dans les entreprises d'au moins 50 salariés.

Ainsi, selon l'article L2232-29 du code du travail, « *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 attache des organisations syndicales représentatives de la branche ».

Aucune de ces garanties n'est prévue lorsque l'employeur propose un projet d'accord à la consultation directe des salariés. Il y a donc là un paradoxe problématique : alors que l'on devrait s'attendre à trouver des garanties de cette nature lorsqu'il n'y a pas de représentants élus ou mandatés, c'est précisément là qu'elles font défaut.

Aussi, faute d'avoir prévu ces garanties nécessaires au principe de participation, le législateur n'a pas exercé la compétence qui est la sienne en vertu de l'article 34 de la Constitution de 1958 combiné à l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946. Pour ces deux raisons, les dispositions contestées doivent donc être censurées.

3) Sur les rapports entre accords collectifs Entreprise / Branche.

Les dispositions de l'ordonnance du 22 septembre 2017 qui complètent et modifient les articles L. 2253-2 et -3 du code du travail méconnaissent les principes à valeur constitutionnelle de liberté contractuelle et de participation des travailleurs.

Ces dispositions sont les suivantes :

« Article 16
I. - Dans les matières mentionnées à l'article L. 2253-2 du code du travail dans sa rédaction issue de la présente ordonnance, les clauses des conventions et accords de branche, des accords professionnels et des accords interbranches conclues sur le fondement du deuxième alinéa de l'article L. 2253-3 du même code dans sa rédaction antérieure à la présente ordonnance faisant obstacle à des clauses dérogatoires de conventions ou accords d'entreprise ou d'établissement continuent de produire effet ***si un avenant confirme, avant le 1er janvier 2019, la portée de ces clauses au regard de la convention ou de l'accord d'entreprise ou d'établissement. Les stipulations confirmant ces clauses s'appliquent aux accords étendus***

II. - ***Dans les matières mentionnées à l'article L. 2253-2 du même code****, les clauses des conventions et accords de branche, des accords professionnels et des accords interbranches mentionnées par l'article 45 de la loi du 4 mai 2004 susvisée continuent de produire effet* ***si un avenant confirme, avant le 1er janvier 2019, la portée de ces clauses au regard de la convention ou de l'accord d'entreprise ou d'établissement****. Les stipulations confirmant ces clauses s'appliquent aux accords étendus. »*

« Art. L. 2253-3

« *Dans les matières autres que celles mentionnées aux articles L. 2253-1 et L. 2253-2,* ***les stipulations de la convention d'entreprise conclue antérieurement ou postérieurement à la date d'entrée en vigueur de la convention de branche*** *(...) ou de l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large* » [64° du I] prévalent sur celles ayant le même objet prévues par la convention de branche.

En l'absence d'accord d'entreprise, la convention de branche «*ou l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large*» [64° du I] s'applique.

La portée des griefs concernant ces dispositions ne peut s'apprécier qu'au regard des récentes réformes relatives à ces articles du code du travail. Cet historique permet de pleinement préciser leur contrariété aux principes de valeur constitutionnelle que sont la liberté contractuelle et la participation des travailleurs.

Pour les dispositions complétant et modifiant l'article L. 2253-2 du code du travail : En effet, en application des dispositions introduites par l'article 42 de la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social (applicable aux accords collectifs de branche conclus depuis le 6 mai 2004), l'accord d'entreprise / d'établissement pouvait prévoir des dispositions moins favorables aux salariés que l'accord collectif de branche sauf :

- dans des domaines prévus à la loi ;
- et le cas échéant, s'agissant des autres domaines, si une clause dite de verrouillage avait été insérée par les signataires de l'accord de branche, pour interdire des dispositions moins favorables aux salariés résultant d'un accord de niveau inférieur (ancien L. 2253-3 du code du travail). Ces clauses dites de verrouillage pouvaient porter sur l'intégralité des dispositions de la convention.

Or, la réforme issue de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 réorganise l'articulation entre accord collectif de branche et d'entreprise autour de trois blocs :

- le bloc 1 regroupe les matières dans lesquelles l'accord de branche est, de par la loi, impératif (L. 2253-1 du code du travail) ;
- le bloc 2 énonce les matières (désormais limitées) dans lesquelles l'accord de branche a un caractère impératif seulement s'il contient une clause de verrouillage (L. 2253-2 du code du travail) ;
- le bloc 3 est constitué des matières dans lesquelles de par la loi, l'accord collectif d'entreprise prévaut sur l'accord de branche (privant d'effet toute clause de verrouillage et interdisant l'insertion d'une telle clause).

S'agissant des matières du bloc 2, le maintien des dispositions impératives de l'accord de branche est légalement subordonné :

- pour les accords de branche (étendus) conclus après le 6 mai 2004 qui comportent une clause de verrouillage, à la confirmation de cette clause par avenant, avant le 1er janvier 2019 ;
- pour les accords de branche (étendus) conclus avant le 6 mai 2004 impératifs en application de l'ancien article 45 de la loi du 4 mai 2004 désormais abrogé, à une clause confirmative de leur impérativité introduite par avenant avant le 1er janvier 2019.

Eu égard notamment à la distinction qui est opérée, le grief porte sur la subordination du maintien de l'impérativité des dispositions d'un accord de branche à la conclusion d'un avenant confirmatif. Ces dispositions méconnaissent ainsi les principes constitutionnels de participation des travailleurs et de liberté contractuelle.

Selon le Conseil constitutionnel, *« le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ainsi que, s'agissant de la participation des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail, du huitième alinéa du préambule de 1946* (décision 99-423 DC du 13 janvier 2000 ; décision n° 2008-568 DC du 7 août 2008, considérant 18) ; *« 15. Il est loisible au législateur d'apporter à la liberté contractuelle, qui*

découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi. Par ailleurs, le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789 » (décision n° 2017-685 QPC du 12 janvier 2018).

Le Conseil constitutionnel a ainsi reconnu l'exigence constitutionnelle du respect des accords collectifs légalement conclus, sur le fondement des articles 16 (sécurité juridique) et 4 (liberté contractuelle) de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi que de l'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946 (principe de participation des travailleurs).

Cette exigence constitutionnelle permet notamment de limiter la remise en cause des effets ou de la portée des accords collectifs légalement conclus tenant à la modification de la législation. A cet égard, le Conseil constitutionnel veille à l'absence d'atteinte injustifiée à l'économie (décision 98-401 DC du 10 juin 1998 ; décision 2005-523 DC du 29 juillet 2005) ou l'équilibre (décision n° 2008-568 DC du 7 août 2008) des accords collectifs légalement conclus.

En prévoyant que les négociateurs doivent confirmer par avenant conclu avant 1er janvier 2019 l'impérativité des dispositions de l'accord de branche en vigueur, pour que cette impérativité se maintienne à l'égard des seules matières du bloc 2, le législateur ne satisfait pas au respect de cette exigence constitutionnelle.

En premier lieu, la disposition contestée vient modifier profondément les accords collectifs en cours en supprimant les clauses expresses de verrouillage au 1er janvier 2019. Ainsi, le caractère impératif de la convention notamment de branche que les signataires avaient entendu attacher à tout ou partie des dispositions d'un accord de branche étendu se voit purement et simplement abrogé. Comme le Conseil constitutionnel l'a déjà jugé dans la décision n° 2008-568 DC du 7 août 2008, la suppression d'une clause au sein des conventions existantes en modifie l'équilibre et confère aux accords antérieurs d'autres effets que ceux que leurs signataires ont entendu leur attacher (considérant 19). Il n'est donc pas douteux que les accords antérieurs voient leur économie profondément modifiée.

Il ne peut en outre être objecté que le législateur aurait prévu que cette disparition pouvait être évitée par les interlocuteurs sociaux par le biais de la conclusion d'un avenant avant le 1er janvier 2019.

En effet, d'abord, le maintien du caractère impératif de la convention de branche expressément stipulé par les parties, maintien qui pouvait s'étendre à toute la convention, n'est possible que pour les matières limitées du bloc 2 (prévention des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels énumérés à l'article L. 4161-1, insertion professionnelle et maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés, effectif à partir duquel les délégués syndicaux peuvent être désignés, nombre et valorisation de leurs parcours syndical, primes pour travaux dangereux ou insalubres).

Ensuite, les parties à la convention collective ont toujours pu par un avenant modificatif réviser la clause de verrouillage pour en modifier la portée. L'autorisation législative est purement et simplement inutile.

Enfin, le législateur, en prévoyant que le maintien des clauses déjà conclues est subordonné à une réitération du consentement, met ainsi en mesure la partie patronale ou salariale au niveau de la branche de modifier de manière unilatérale, par refus de conclure un avenant confirmant la clause de verrouillage, les effets de l'accord collectif de branche à l'égard d'un accord de niveau intérieur antérieurement convenus par une clause expresse

Le respect de l'économie d'un tel accord aurait été ménagé seulement si le législateur avait exigé la conclusion d'un avenant non pour maintenir l'impérativité acquise par une clause de verrouillage, mais pour priver d'effet une clause de verrouillage antérieurement convenue. Rien ne justifie ne pas avoir retenu cette forme de conciliation moins attentatoire. Du reste, comme l'a déjà jugé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2008-568 DC du 7 août 2008, les parties à la négociation de la branche peuvent, après dénonciation des conventions antérieures, négocier et conclure des accords, sans attendre l'entrée en application du nouveau dispositif (soit le 1er janvier 2019) , dans les conditions et selon les modalités fixées par la loi nouvelle (considérant 19).

Pareille condition de maintien des effets porte donc à l'économie des accords collectifs une atteinte contraire à la liberté contractuelle (un accord collectif ne peut être modifié que par accord) et au principe de participation des travailleurs (un tel accord ne saurait pouvoir être modifié par décision unilatérale d'une des parties, encore moins la partie patronale). Ce faisant, le législateur porte une atteinte disproportionnée à l'économie ou équilibre des accords collectifs concernés et in fine à l'une et l'autre de ces exigences constitutionnelles.

En second lieu, aucun intérêt général suffisant n'est ici caractérisé pour justifier la remise en cause des effets d'accords collectifs de branche en cours légalement conclus à l'égard des accords collectifs d'entreprise, ce pour favoriser l'application de la nouvelle articulation entre l'accord collectif d'entreprise et de branche.

Pour les dispositions complétant et modifiant l'article L. 2253-2 du code du travail :

En vertu de l'article 45 de la loi du 4 mai 2004 *« selon lequel la valeur hiérarchique accordée par leurs signataires aux conventions et accords de branche conclus avant le 6 mai 2004 demeurait opposable aux accords de niveau inférieur »*, les accords collectifs de branche conclus avant le 6 mai 2004 restaient impératifs à l'égard des conventions d'entreprise. Ainsi, un accord collectif d'entreprise, même conclu postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 2004, ne pouvait déroger par des clauses moins favorables à une convention collective de niveau supérieur conclue antérieurement à cette date, à moins que les signataires de cette convention n'en aient disposé autrement (Cass. soc. 9 mars 2011 n° 09-69.647). Dans cette hypothèse, aucune clause de verrouillage n'était nécessaire, le législateur ayant considéré que la loi nouvelle ne pouvait porter atteinte aux contrats en cours.

Ces dispositions contestées modifient totalement le dispositif en faisant primer les conventions collectives d'entreprise, quelle que soit la date de leur conclusion, sur les conventions de branche, sauf dans les matières du bloc 1 et du bloc 2.

Par ces dispositions, le législateur modifie donc les effets que les signataires ont entendu attacher à leur accord, ce qui constitue derechef une atteinte à l'équilibre des contrats en cours (2008-568 DC du 7 août 2008, considérant 19). En effet, le caractère impératif de la convention de branche au regard duquel les parties ont négocié et trouvé un accord se voit supprimé. De manière symétrique, le caractère supplétif de l'accord d'entreprise au regard duquel les parties ont négocié et trouvé un accord se voit supprimé.

Le législateur porte ainsi atteinte à l'économie des conventions collectives de branche concernées (conclues sous l'empire de la loi du 4 mai 2004), sans justifier d'un intérêt général suffisant à justifier pareille atteinte, et a donc méconnu les dispositions de valeur constitutionnelle sus-citées.

4) Sur les modalités de recours contre les accords collectifs.

Les dispositions de la loi présentement déférée réduisent les délais de contestation des accords collectifs. Ainsi, par assimilation aux délais de recours contre les actes administratifs – et alors que cette assimilation ne peut fonctionner exactement sans laisser d'importantes lacunes – le délai qui était celui de droit commun (délai déjà réduit à 5 ans par la loi du 17 juin 2008) est réduit à deux mois. Le droit au recours consacré par la Constitution est ainsi méconnu.

Pour rappel les dispositions de l'article L. 2262-14, du code du travail ont été modifiées en ce sens par l'ordonnance du 20 décembre 2017.

Il résulte de ces dispositions que les recours sont enfermés dans un délai de 2 mois. Pour les accords antérieurs aux ordonnances, le délai court de la publication de ces ordonnances.

Sur le point de départ du délai de recours, deux dates sont prévues :

1 – A l' égard des organisations disposant d'une section syndicale dans l'entreprise, le délai de deux mois court à partir de « *la notification de l'accord d'entreprise prévue à l'article L. 2231-5* »

Cette notification est la suivante : « *La partie la plus diligente des organisations signataires d'une convention ou d'un accord en notifie le texte à l'ensemble des organisations représentatives à l'issue de la procédure de signature* ».

Seules, donc, les organisations représentatives sont destinataires de la notification.

Mais les organisations représentatives ne sont pas seules présentes dans une entreprise, et une organisation non représentative, ou non encore représentative peut former une section syndicale. En effet, aux termes de l'article L. 2142-1 du code du travail, modifié par la loi n°2008-789 du 20 août 2008 « *Dès lors qu'ils ont plusieurs adhérents dans l'entreprise ou dans l'établissement, chaque syndicat qui y est représentatif, chaque syndicat affilié à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel ou chaque organisation syndicale qui satisfait aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance et est légalement constituée depuis au moins deux ans et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise concernée peut constituer au sein de l'entreprise ou de l'établissement une section syndicale qui assure la représentation des intérêts matériels et moraux de ses membres conformément à l'article L. 2131-1* ».

Donc le délai court, pour les organisations *non représentatives ayant constitué une section syndicale* (ce qui est parfaitement possible), à partir d'une notification dont elles ne sont pas destinataires et dont elles n'ont pas nécessairement connaissance, ce alors même qu'un accord collectif de travail peut porter y compris sur l'exercice du droit syndical dans l'entreprise.

Une telle disposition porte atteinte aux prérogatives de ces organisations syndicales, dont leur droit d'agir en justice en défense de l'intérêt collectif de la profession (article L. 2143-3 du code du travail) et, partant, au principe de la liberté syndicale et au droit au recours effectif constitutionnellement garantis.

2 - Pour toutes les autres personnes, le délai de deux mois court de la publication de l'accord prévue à l'article L. 2231-5-1. Il s'agit de la publication dans la « Base de données ». Or, cette base de données n'est pas exhaustive. Ainsi :

- d'une part l'employeur - et lui seul -, sans l'accord des autres signataires, peut exclure de la publication « *les éléments portant atteinte aux intérêts stratégiques de l'entreprise* », selon sa seule appréciation ;
- d'autre part, la base de données ne comporte que les accords de groupe, *interentreprises, d'entreprise ou d'établissement*, et donc pas tous les accords collectifs.

S'agissant ainsi des accords non publiés, une telle disposition porte atteinte au principe constitutionnel de garantie des droits, et s'agissant d'accords collectifs, au principe de participation des travailleurs.

Compte tenu de la portée des accords collectifs, susceptibles de remettre en question les droits des employeurs, salariés ou organisations auxquels il est applicable, un délai qui court sans que les personnes intéressées aient connaissance complète et utile de l'accord porte également atteinte, de plus du droit au recours effectif, aux droits constitutionnels éventuellement impliqués par le contenu d'un accord collectif

A cet égard, la libéralisation organisée par le législateur du contenu possible de l'accord collectif par le repli de la loi d'ordre public, aussi bien s'agissant des relations individuelles (conditions d'embauche, modification, rupture des contrats, rémunération, conditions de travail, protection sociale, organisation et temps de travail…) que des relations collectives de travail (exercice du droit syndical, droit de la représentation élue du personnel, droit de la négociation collective), rend un tel accord davantage susceptible de porter atteinte ou de contrarier des droits et libertés constitutionnellement garantis (droit à la santé, liberté syndicale, droit au repos, liberté contractuelle…). En de telles circonstances, la limitation par le législateur de l'exercice du droit au recours visant à faire contrôler par le juge judiciaire la conformité des accords collectifs, notamment à des normes dotées d'une autorité supérieure, revient à priver ces droits et libertés de garanties légales nécessaires à leur respect.

Il en est notamment ainsi du fait que l'accord peut justifier une modification du contrat de travail auquel le salarié ne peut s'opposer qu'en renonçant à son emploi.

On rappellera ici qu'une disposition législative ne saurait avoir pour objet ou pour effet de permettre à un accord collectif de porter atteinte à un droit ou une liberté constitutionnelle garantie (en ce sens, décision 83-162 DC du 20 juillet 1983, cons. 85). A cet égard, à propos d'une disposition législative faisant obligation d'ouvrir une négociation sur les modalités concrètes d'exercice du droit syndical, parmi lesquelles la collecte des cotisations syndicales, le Conseil constitutionnel a considéré « *qu'aucune disposition ne saurait permettre que soit imposée en droit ou en fait, directement ou indirectement, l'adhésion ou le maintien de l'adhésion des salariés d'une entreprise à une organisation syndicale* » et, sur ce fondement, a formulé la réserve d'interprétation selon laquelle, « *il appartiendrait à la direction des entreprises intéressées de refuser de souscrire à toute clause tendant à un tel résultat et, le cas échéant, aux juridictions compétences, d'en prononcer la nullité ou d'en interdire l'application*». Le recours en nullité d'un accord collectif est ainsi une garantie à part entière de la protection des droits et libertés constitutionnels.

De surcroît, le délai de deux mois est ainsi opposable non seulement aux personnes et organisations présentes dans l'entreprise à la date de conclusion de l'accord, mais aussi à celles qui y entrent ultérieurement. Il est encore opposable aux tiers, extérieurs à l'entreprise.

Ainsi, un salarié embauché plus de deux mois avant la publication de l'accord, ou une organisation syndicale non implantée dans l'entreprise à cette date sera privé du droit d'exercer

tout recours. Il est ainsi porté atteinte au droit au recours effectif et aux droits ou libertés, constitutionnels en cause.

S'agissant des tiers, un accord illégal est susceptible de porter atteinte à leurs droits. Ainsi, dans une zone commerciale, la conclusion d'un accord relatif au temps de travail ou au travail de nuit peut créer les conditions d'une concurrence déloyale. Une entreprise qui n'aurait pas connaissance de l'accord, ou qui s'installerait postérieurement au délai de deux mois serait privée de tout recours utile. Il serait ainsi porté atteinte au droit au juge et au principe de liberté d'entreprendre.

L'article L. 2262-14 du code du travail dans sa rédaction résultant de l'ordonnance du 22 septembre 2017 est donc, en ce qui concerne le point de départ du délai de recours, contraire à la Constitution.

Sur l'impossibilité, à compter de l'expiration du délai, de demander la constatation de la nullité de l'accord : en droit administratif général, il est toujours possible pour tout intéressé, passé le délai de recours contentieux, de demander l'abrogation d'une décision lui faisant grief, soit qu'elle soit illégale *ab initio*, soit qu'elle le soit devenue par suite d'une modification des circonstances ou de la législation. A défaut de cette abrogation, le juge peut être saisi.

Aucune possibilité de cette nature n'est prévue s'agissant des accords collectifs, alors pourtant que ces actes résultent de personnes privées ayant légalement en charge la défense d'intérêts individuels ou collectifs

Sauf révision ou dénonciation, l'accord, même illégal, même contraire à une liberté fondamentale, demeurera dans le droit positif, sans possibilité de le voir écarter (sous la seule réserve d'exceptions d'illégalité).

En tant qu'une telle possibilité n'est pas prévue, la disposition déférée préserve donc le maintien dans l'ordre juridique de mesures qui sont illégales ou qui le sont devenues, sans qu'aucune partie n'ait le pouvoir d'en obtenir le retrait, sauf par la voie de la dénonciation.

Or le principe de participation des travailleurs ne saurait justifier la prévalence des accords collectifs sur d'autres droits et libertés constitutionnellement garantis.

Ainsi, faute de prévoir les voies et moyens de voir déclarer nuls de tels accord, le texte déféré est donc entaché d'une incompétence négative au regard du principe de participation, et plus généralement de toutes les libertés et tous les droits constitutionnellement garantis auxquels les accords collectifs de travail sont susceptibles de porter atteinte.

5) Sur les accords de performance collective et la primauté de l'accord d'entreprise sur le contrat de travail.

L'article 3 de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective méconnaît les principes à valeur constitutionnelle de liberté contractuelle et du droit à l'emploi.

En effet, il instaure un nouveau un régime juridique unifié pour les accords de « compétitivité ». Il refond ainsi les règles applicables à différents types d'accords qui primaient sur le contrat de travail : les accords de réduction du temps de travail, les accords de mobilité interne, les accords de préservation et de développement de l'emploi, et les accords de maintien de l'emploi.

S'agissant de leur justification, ce nouveau type d'accord peut être conclu afin de « *répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi* ».
Son contenu est large. Cet accord peut porter :

- sur l'aménagement de la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition, y compris en prévoyant la possibilité d'instaurer des forfait-jours ;
- sur l'aménagement de la rémunération ;
- ou encore déterminer les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise.

Ce type d'accord est soumis aux modalités de validité des accords majoritaires : il doit être signé par des syndicats représentant 50% des salariés, ou à défaut, par des syndicats représentant 30 % des salariés et approuvé par référendum à la majorité des salariés concernés.

Les effets juridiques d'un tel accord sont importants puisque « *Les stipulations d'un tel accord se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles des contrats de travail* » des salariés concernés. Ainsi, dès que le salarié refuse la modification de son contrat de travail (dans un délai d'un mois) résultant de l'application de l'accord, l'employeur peut procéder à son licenciement. Ce licenciement est justifié car il repose alors « *sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse* ».

Sur l'atteinte à la liberté contractuelle combinée à l'incompétence négative : le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789. (jurisprudence constante, voir dernièrement, 2017-649 QPC, 4 août 2017, cons. 14 et 15, JORF n°0184 du 8 août 2017 texte n° 60).

En l'espèce, les clauses de l'accord de performance collective « *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* ». Autrement dit, le salarié ne peut plus se prévaloir de son contrat de travail. Le contrat est modifié de plein droit, à moins que le salarié exprime son refus dans un délai d'un mois. Si la modification du contrat n'est pas acceptée, elle débouche sur un licenciement automatiquement justifié prononcé à l'encontre du salarié.

De surcroît, le seul fait de conclure des accords de performance collective suffira à revenir sur des éléments essentiels du contrat de travail de manière irrévocable. Si on prolonge le raisonnement, la conséquence en serait qu'en cas d'accord de compétitivité à durée déterminée

ou de dénonciation de l'accord à durée indéterminée, le contrat de travail dont les clauses essentielles ont été modifiées ne retrouverait pas application dans sa version initiale. L'importance de l'atteinte au contrat en cours est manifeste.

Cette atteinte n'est pas portée directement par la loi mais par un accord d'entreprise. On ne saurait toutefois envisager que les interlocuteurs sociaux dans une entreprise puissent disposer des exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789 dans une proportion plus large que le législateur. Aussi faut-il que le motif d'intérêt général susceptible de porter atteinte soit suffisant et suffisamment précisé, à défaut de quoi ces exigences constitutionnelles ne seraient pas respectées.

Or, les accords de performance collective peuvent être conclus non seulement « *en vue de préserver, ou de développer l'emploi* », mais aussi pour « *répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise* ». La qualification de motif d'intérêt général est pour le moins fragile, dès lors que, par définition, tout accord collectif conclu au niveau de l'entreprise participe de près ou de loin à son bon fonctionnement. Ainsi conçu, ce dispositif permettrait aux partenaires sociaux d'apprécier le caractère suffisant du motif d'intérêt général précédemment évoqué, ce qui revient à leur abandonner (niveau infra-législatif) la définition des garanties légales des exigences constitutionnelles précédemment évoquées.

Le risque d'une dilution totale de l'intérêt général dans l'intérêt de l'entreprise est loin d'être négligeable. On rappellera à cet égard que si, par le passé, le Conseil constitutionnel a admis qu'il puisse être porté atteinte aux contrats légalement conclus, en dehors du motif d'intérêt général que constitue l'emploi (2015-655 QPC 20 octobre 2017), c'était en présence d'accords collectifs répondant à des finalités très précises. Ainsi en fut-il des accords collectifs relatifs à la modulation du temps de travail (« *destinés à permettre l'adaptation du temps de travail des salariés aux évolutions des rythmes de production de l'entreprise* », décision 2012-649 DC du 15 mars 2012).

L'extension du dispositif aux conventions de forfaits annuels (en jours ou en heures) prévues aux articles L. 3121-53 à L. 3121-66 du code du travail ne saurait d'ailleurs relever des objectifs de bon fonctionnement de l'entreprise ou de l'emploi justifiant l'application de ces articles. Les forfaits en heures ou en jour ne relèvent pas, en effet d'un mode d'organisation collectif du travail déterminé et limité, mais seulement de l'adoption d'un mode de rémunération particulier des heures supplémentaires, justifié par le fait, notamment en matière de forfait jour, que le cadre n'est pas soumis à un horaire collectif de travail et dispose d'une réelle autonomie d'organisation de son emploi du temps.

Les conditions des forfaits en heures et des forfaits en jours, en raison de leur dimension individuelle, sont d'ailleurs strictes. Elles supposent d'abord sur l'adoption d'un accord collectif de travail assurant les dispositifs de contrôle propre à assurer le respect du droit à la santé et du droit au repos, conformément à la mission fondamentale de l'accord collectif dans la détermination des garanties minimales des conditions de travail. La convention de forfait jour repose ensuite nécessairement sur l'accord individuel du salarié, compte tenu de la dimension nécessairement individuelle du dispositif. Il ne s'agit pas ici de performance collective. On ne comprend donc pas, en l'absence de toute justification tenant à l'organisation de l'entreprise ou à l'emploi, qu'un tel dispositif puisse être imposé au salarié, sauf licenciement nécessairement justifié en cas de refus.

Cette extension de l'objet des accords de performance collective montre la portée de la mesure et la violation non seulement de la liberté contractuelle mais également du droit des salariés à la détermination collective des conditions de travail qui relève du principe de participation, en ce que ce droit ne peut pas porter atteinte aux conventions individuelles plus favorables.

Une formulation aussi large (« répondre aux nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise ») laisse craindre la création d'une « *voie bis de négociation et de conclusion des accords collectifs* » selon le Professeur Lokiec[1]. Le champ d'application de la mesure est donc si vaste qu'il revient à porter une atteinte quasiment illimitée au principe constitutionnel de maintien des contrats légalement conclus et à la jurisprudence constante de la Cour de cassation qui, au visa de l'ancien article 1134 du Code civil, énonce que « *l'accord collectif ne peut modifier le contrat de travail du salarié* » (encore récemment, Cass.soc. 7 décembre 2017, n° 16-15109, publié au Bulletin). L'interprétation de la loi, telle qu'elle résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation, constituant une garantie légale des exigences constitutionnelles en cause, les dispositions en litige méconnaissent par ricochet la Constitution.

Le législateur a ainsi conféré aux partenaires sociaux le droit de porter atteinte aux contrats en cours en laissant indéfini le champ de cette atteinte. Ce faisant, il a privé de garanties légales les exigences découlant des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 desquels résulte la liberté contractuelle.

Sur le droit à l'emploi : aux termes du cinquième alinéa du Préambule de 1946 : « *Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi* ».

La nouvelle rédaction de l'article L. 2254-2 du code du travail issue de l'article 3 de l'ordonnance méconnaît le droit à l'emploi à double titre.

Premièrement, ces dispositions prévoient que l'accord de performance collective peut être conclu « *afin de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi* ».

Cette disposition constitue ainsi une rupture caractérisée avec le droit antérieur. Jusqu'alors, le législateur avait toujours pris le soin de conditionner la validité des accords dérogatoires au droit commun et primant sur le contrat de travail (hormis les accords de mobilité interne et les accords de modulation) au respect des considérations impérieuses en lien avec l'intérêt général : le maintien et le développement de l'emploi.

Si cet objectif est explicite dans le dispositif des accords de maintien de l'emploi (AME) et les accords de préservation et de développement de l'emploi (APDE), il était implicite s'agissant des accords de réduction du temps de travail issus des lois Aubry, qui participaient d'une politique de lutte contre le chômage. Cette finalité constituait à elle-seule une garantie légale consubstantielle à l'effectivité de l'alinéa 5 du préambule de la Constitution de 1946.

Les nouveaux accords de performance collective issus des ordonnances n'ont plus cette impérieuse justification puisqu'il suffit que l'accord soit justifié par « *les nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise* ». Sans définir précisément la nature et les limites de ces « nécessités », le législateur a privé de garanties légales l'exigence constitutionnelle résultant du 5e alinéa du préambule de la Constitution de 1946 sus-cité.

---

[1] P. LOKIEC, « Accord collectif et contrat de travail », *Droit social*, Décembre 2017, p. 1026

Pour autant ce type d'accord pourra contenir des mesures de flexibilisation en ramenant à la baisse la rémunération, en augmentant le temps de travail sans contreparties financières pour les salariés concernés.

C'est d'ailleurs au regard du droit à l'emploi, plus précisément au motif que « *le législateur a entendu favoriser la préservation et le développement de l'emploi en permettant aux entreprises d'ajuster leur organisation collective afin de garantir leur pérennité et leur développement* » que le Conseil constitutionnel a validé le dispositif des accords de préservation et de développement de l'emploi (APDE) dans sa décision du 20 octobre 2017 (7e Considérant).

D'autre part, les nouvelles dispositions prévoient que si le salarié refuse la modification de son contrat de travail dans un délai d'un mois résultant de l'application de l'accord, l'employeur peut procéder à son licenciement. Ce licenciement repose alors « *sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse* ».

Le Conseil constitutionnel avait déjà eu à se prononcer sur le régime juridique de la rupture du contrat dans le cadre d'un accord de préservation et de développement de l'emploi instauré par la loi Travail du 8 août 2016 (Décision n° 2017-665 QPC du 20 octobre 2017). Vous aviez alors validé le fait que le législateur recourt à un « motif spécifique » de licenciement tout en vous assurant que ce recours était assorti de garanties légales liées licenciement individuel pour motif économique (Considérant 9 de la Décision n° 2017-665 QPC du 20 octobre 2017).

Rappelons également que ces accords trouvaient leur justification dans le fait de « préserver ou développer l'emploi » et qu'ils étaient limités dans le temps, leur durée maximale étant fixée à 5 ans.

Dans le cas présent, en qualifiant le motif de la rupture du contrat de travail de « motif spécifique » sans l'assortir de garanties, le législateur a préconstitué le motif de rupture du contrat de travail, ce qui empêche toute contestation devant le juge prud'homal de la cause réelle et sérieuse de licenciement.

La seule possibilité pour les salariés de recouvrer le droit de contester le motif de leur licenciement sera d'obtenir, soit la nullité de l'accord, soit la disqualification de l'accord de performance collective en accord de droit commun. Or, démontrer la nullité de l'accord de performance collective semble vain tant les conditions pour recourir à ce type d'accord sont souples : il suffit que l'accord soit conclu pour « répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ».

Par conséquent, en se bornant à justifier les accords de compétitivité sur le seul fonctionnement de l'entreprise, qui ne peut être reliée à un motif d'intérêt général, le législateur a porté atteinte au droit à l'emploi.

Au demeurant, telles que formulées, ces dispositions vont à l'encontre d'un objectif d'intérêt général de développement de l'emploi sur le territoire national, qui pourrait être consacré par votre juridiction comme un objectif de valeur constitutionnelle - , l'objectif constitutionnel de lutte contre l'évasion fiscale que vous avez consacré (votre décision n° 2010-70 QPC du 26 novembre 2010) relève de la sororité juridique -.

6) Sur la compétence de la branche pour les CDD et les intérims.

L'ordonnance n°2017-1387 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail prévoit aux articles 22 et 29 la possibilité pour une convention ou un accord de branche étendu d'encadrer le recours aux CDD et aux contrats de mission (intérim), des règles qui relevaient jusque-là du domaine de la loi et qui étaient d'ordre public. Cette négociation peut porter sur la durée maximale du contrat, le nombre maximal de renouvellements, ainsi que les modalités de calcul du délai de carence en cas de contrats successifs.

En premier lieu, ces dispositions sont contraires à l'article 34 de la Constitution, aux termes desquels : « *la loi détermine les principes fondamentaux du droit du travail* ».

Alors que les règles relatives au CDD (contrat à durée déterminée) et aux contrats de mission relevaient jusqu'à présent du domaine exclusif de la loi, les articles 22 à 29 de l'ordonnance n°2017-1387 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail confie à la négociation collective de branche le soin de déterminer les conditions de recours aux CDD et aux contrats de missions (durée maximale, nombre de renouvellements, délais de carence).

S'agissant tout d'abord de la durée maximale : la nouvelle rédaction de l'article L. 1242-8 prévoit qu'« *une convention ou un accord de branche étendu peut fixer la durée totale du contrat de travail à durée déterminée* ». Cette même règle est posée pour les contrats de mission à l'article L. 1251-12 du code du travail. Ainsi, les partenaires sociaux pourront désormais déterminer, sans « durée plafond », la durée du contrat visant pourtant à pourvoir un emploi « temporaire » dans l'entreprise.

Selon l'ordonnance précitée, ce n'est qu'à défaut d'accord que les garanties légales s'appliquent. En effet, en l'absence de dispositions conventionnelles relatives à la durée du CDD, les articles 22 et 26 créent deux articles art. L.1242-8-1 Art. L. 1251-12-1 du code du travail, qui fixent à 18 mois, renouvellement compris, la durée maximale du CDD et du contrat de mission. Ce faisant, la règle d'une durée légale de 18 mois devient supplétive, faisant du principe l'exception.

Concrètement, une telle mesure implique qu'un accord de branche pourra prévoir que des salariés soient embauchés en CDD ou en intérim pour des durées très longues (2, 3, ou 4 ans), contraires au caractère temporaire de l'emploi, sans pouvoir bénéficier des protections relatives à un CDI (droit du licenciement, accès au logement, accès au crédit bancaire…).

De la même manière, la nouvelle possibilité offerte aux partenaires sociaux de fixer le nombre maximal de renouvellements d'un CDD ou d'un contrat de mission (articles 23 et 27 de l'ordonnance) relève de la même logique. Accroitre le nombre de renouvellements revient à fractionner la relation contractuelle et à priver le salarié de stabilité dans sa relation de travail.

Il convient de noter que les règles entourant les CDD ont toujours été considérées comme d'ordre public car dérogatoires au CDI qui constitue « *la forme normale et générale de la relation de travail* » (Art. L. 1221-2 du code du travail).

Ce caractère d'ordre public est ainsi destiné à éviter notamment le contournement des règles du licenciement, par la substitution d'un CDD à un contrat à durée indéterminée (CDI) ou par la succession de CDD. Parmi ces règles, sont notamment prévues une durée maximale (18 mois), l'interdiction de plus de deux renouvellements et l'obligation de recourir à un contrat écrit. Le

non-respect de ces exigences est assorti de sanctions civiles (la requalification en CDI) et pénales. Le législateur a ainsi toujours veillé au caractère impératif de ces règles.

A cet égard, le texte de l'ordonnance précise que les nouvelles possibilités ainsi offertes aux partenaires sociaux en matière de durée maximale et de nombre de renouvellement des CDD et contrats de mission ne peuvent « *avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise* » (Ajout suggéré par le Conseil d'Etat).

Or, une telle précision ne fait que rappeler la règle générale préexistante en matière de recours au CDD énoncée à l'article L.1242-1 du code du travail selon laquelle « *un contrat de travail à durée déterminée, quel que soit son motif, ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise* ».

Si cette précision semble apporter une clarification, elle reste toutefois imprécise car il sera difficile pour les signataires d'éventuels accords de branche de savoir à partir de quelle durée le recours à un CDD ou à un contrat de mission a un tel effet ou un tel objet. Seule la fixation par le législateur de plafonds en termes de durée maximale ou de renouvellement de contrats précaires aurait pu permettre de répondre à l'exigence de sécurité juridique et de clarté de la loi.

On ajoutera sur ce point, que l'article 3 de loi initiale d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, impose un cadre légal pour les adaptations en matière de contrat à durée déterminée et de contrat de travail temporaire :

« 3° De modifier les règles de recours à certaines formes particulières de travail en :
...b) Prévoyant la faculté d'adapter par convention ou accord collectif de branche, dans les limites d'un cadre fixé par la loi, les dispositions, en matière de contrat à durée déterminée et de contrat de travail temporaire, relatives aux motifs de recours à ces contrats, à leur durée, à leur renouvellement et à leur succession sur un même poste ou avec le même salarié ; »

Or, ce cadre légal est absent dans les ordonnances. Par conséquent, en renvoyant à la négociation collective de branche la faculté de fixer la durée totale d'un CDD et d'un contrat de mission et le nombre de renouvellements de ces contrats, sans fixer de plafond, le Gouvernement a méconnu l'article 34 de la Constitution selon lequel la loi *« détermine les principes fondamentaux du droit du travail »*.

7) Sur la présence et le rôle des organisations syndicales dans les petites entreprises.

Les dispositions de l'article L. 2232-23-1 du code du travail modifié méconnaissent le principe constitutionnel de liberté syndicale et de participation des travailleurs.

En effet, à plusieurs égards les dispositions en litige, au lieu de favoriser l'implantation et le rôle des organisations syndicales, y mettent obstacle.

Tout d'abord, c'est le cas, comme il a été montré, s'agissant des « accords » dans les entreprises de moins de 20 salariés, (art. L. 2232-21 et suivants) et leur dénonciation (voir ci-dessus), pour lesquels la présence syndicale n'est pas encouragée, tout au contraire. Mais surtout, il en est

aussi ainsi dans ces mêmes entreprises s'agissant de l'organisation des élections professionnelles. L'article L. 2314-5 prévoit en effet

« (...) Sont informées, par tout moyen, de l'organisation des élections et invitées à négocier le protocole d'accord préélectoral et à établir les listes de leurs candidats aux fonctions de membre de la délégation du personnel les organisations syndicales qui satisfont aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, légalement constituées depuis au moins deux ans et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise ou l'établissement concernés

Les organisations syndicales reconnues représentatives dans l'entreprise ou l'établissement, celles ayant constitué une section syndicale dans l'entreprise ou l'établissement, ainsi que les syndicats affiliés à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel y sont également invités par courrier.
(...).

« Par dérogation aux premier et deuxième alinéas, dans les entreprises dont l'effectif est compris entre onze et vingt salariés, l'employeur invite les organisations syndicales mentionnées aux mêmes alinéas à cette négociation à la condition qu'au moins un salarié se soit porté candidat aux élections dans un délai de trente jours à compter de l'information prévue à l'article L. 2314-4 ».

Ce n'est donc qu'à la condition qu'une demande ait été faite par un candidat, qui doit déclarer sa candidature avant tout protocole, que les organisations syndicales sont invitées à négocier un tel protocole. A défaut, aucun protocole n'a à être négocié, ni même à être mis en place unilatéralement. Aucun premier ni deuxième tour ne peut avoir lieu. Ainsi, le formulaire CERFA prévoit-il, en l'absence de demande, l'établissement direct d'un procès-verbal de carence. En d'autres termes, si aucun salarié ne se porte candidat avant même tout protocole, l'employeur est dispensé de mettre en œuvre le processus électoral.

En ne prévoyant pas, même à défaut de représentant ou candidat *a priori* dans l'entreprise, l'obligation pour l'employeur soit d'appeler les organisations syndicales à la négociation, soit, à tout le moins, après la mise en place d'un protocole, même unilatéral, d'organiser les deux tours de l'élection, la loi porte une atteinte directe au principe de participation, en privant les salariés de la possibilité d'élire leurs représentants.

Il en est encore ainsi, dans les entreprises dont l'effectif est compris entre 11 et 50 salariés. (article L. 2232-23-1). En effet, dans ces entreprises, la négociation est ainsi organisée :

« (...) *I. – Dans les entreprises dont l'effectif habituel est compris entre onze et moins de cinquante salariés, en l'absence de délégué syndical dans l'entreprise ou l'établissement, les accords d'entreprise ou d'établissement peuvent être négociés, conclus et révisés :*
*1° **Soit par un ou plusieurs salariés expressément mandatés** par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche ou, à défaut, par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel, étant membre ou non de la délégation du personnel du comité social et économique. A cet effet, une même organisation ne peut mandater qu'un seul salarié ;*

*2° **Soit par un ou des membres titulaires de la délégation du personnel du comité social et économique**.*

Les accords ainsi négociés, conclus et révisés peuvent porter sur toutes les mesures qui peuvent être négociées par accord d'entreprise ou d'établissement sur le fondement du présent code.

Pour l'appréciation de la condition de majorité prévue à l'alinéa précédent, lorsqu'un accord est conclu par un ou des membres de la délégation du personnel un comité social et économique central, il est tenu compte, pour chacun des membres de la délégation du personnel au comité social et économique central, d'un poids égal au rapport entre le nombre de suffrages exprimés dans l'établissement en faveur de ce membre et du nombre total des suffrages exprimés dans chaque établissement en la faveur de chacun des membres composant la délégation du personnel au comité social et économique central.

II. – La validité des accords ou des avenants de révision conclus avec un ou des membres de la délégation du personnel du comité social et économique, mandaté ou non, est subordonnée à leur signature par des membres du comité social et économique représentant la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles.

La validité des accords ou des avenants de révision conclus avec un ou plusieurs salariés mandatés, s'ils ne sont pas membres de la délégation du personnel du comité social et économique, est subordonnée à leur approbation par les salariés à la majorité des suffrages exprimés, dans des conditions déterminées par décret et dans le respect des principes généraux du droit électoral ».

Il résulte de ces dispositions qu'il n'est donné aucune priorité à l'intervention des organisations syndicales L'employeur est l'unique décisionnaire ; lui seul peut seul décider que les accords peuvent être négociés avec des membres de la délégation du personnel, sans intervention des organisations syndicales.

Or, le dispositif est ici différent de celui mis en place dans les entreprises de plus de 50 salariés dépourvues de délégué syndical, dans lesquelles les membres élus de CES doivent, pour négocier, avoir été mandatés par une organisation syndicale (article L. 2232-24), les élus non mandatés ne pouvant intervenir qu'à défaut (article L. 2232-25), et dans lesquels un salarié mandaté peut intervenir à défaut encore.

Ainsi, dans les entreprises de moins de 50 salariés, la loi ne donne pas priorité à l'intervention des organisations syndicales, mais en laisse le choix à l'employeur de manière unilatérale.

Or, le Conseil constitutionnel a ainsi statué dans sa décision du 6 novembre 1996, DC 96-383

« *Considérant qu'aux termes du sixième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : "Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale..." ; qu'aux termes du huitième alinéa du même préambule : "Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises." ; que si ces dispositions confèrent aux organisations syndicales vocation naturelle à assurer, notamment par la voie de la négociation collective, la défense des droits et intérêts des travailleurs, elles n'attribuent pas pour autant à celles-ci un monopole de la représentation des salariés en matière de négociation collective ; que **des salariés désignés par la voie de l'élection ou titulaires d'un mandat assurant leur représentativité, peuvent également***

participer à la détermination collective des conditions de travail dès lors que leur intervention n'a ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à celle des organisations syndicales représentatives ».

Il résulte de cette décision que l'intervention de salariés élus n'est conforme à la Constitution que si cette dernière n'a ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à celle des organisations syndicales représentatives. Tel est le cas à l'évidence lorsque l'employeur peut unilatéralement décider de négocier avec des élus sans recourir à l'intervention à aucun niveau des organisations représentatives.

L'article L. 2232-23-1 en ce qu'il lui confère ce pouvoir unilatéral de choix est donc contraire à la Constitution.

8) Sur les moyens des représentants du personnel.

Bien que déclarant vouloir renforcer la négociation collective, la loi, par plusieurs dispositions (articles L. 2315-7, L. 2315-11 du code du travail) méconnaît le principe de participation des travailleurs consacré par le préambule de la Constitution de 1946.

En effet, ces dispositions (notamment celles modifiant les articles L. 2311-1 à L. 2321-10 du code du travail) diminuent les moyens des représentants des travailleurs, voire les en prive. Ainsi, le nombre des représentants du personnel est diminué et l'existence de représentants de proximité n'est pas toujours possible.

En outre, le nombre d'heures de délégation (article L. 2315-7) est réduit, en sorte que, dans les entreprises à établissements multiples, ce temps peut être consommé par les déplacements, les rendant ainsi impossible, et impossible l'exercice du mandat dans l'intérêt des salariés.

En ne prévoyant pas l'obligation de conférer aux représentants un minimum de moyens pour l'exercice de leurs missions, la loi est entachée d'incompétence négative au regard du principe de participation et prévoit des modalités manifestement inappropriées aux objectifs qu'elle poursuit (décision 99-416 DC).

S'agissant des heures imputables sur le crédit d'heures et payées, comme assimilées au temps de travail (article L. 2315-11), le temps passé « *2° aux réunions du comité et de ses commissions* » est du temps de travail effectif « *dans la limite d'une durée globale fixée par accord d'entreprise ou à défaut par décret en conseil d'Etat* » et n'est pas déduit des heures de délégation.

Or ce texte ne prévoit aucun minimum. Aussi le décret (R. 2315-7) a-t-il prévu 300 heures à ce titre dans les entreprises de 300 à 1 000 salariés, et 60 heures au-delà mais rien dans les entreprises de moins de 300 salariés. Si bien que dans ces entreprises, aucune heure n'est prévue pour ces réunions préparatoires. L'article L. 2315-11 est donc entaché d'incompétence négative au regard principe de participation et de liberté syndicale.

Pour ces motifs, vous censurerez donc des dispositions.

9) Sur les élections professionnelles

La portée des griefs concernant ces dispositions ne peut s'apprécier qu'au regard des récentes réformes relatives à ces articles du code du travail. Cet historique permet de pleinement préciser leur contrariété aux principes de valeur constitutionnelle que sont la liberté contractuelle et la participation des travailleurs.

Les articles L. 2314-24-1 et L. 2324-22-1 du code travail, tels que créés par le I et le V de l'article 7 de la loi du 17 août 2015, disposaient, respectivement pour les élections des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise, que pour chaque collège électoral, les listes qui comportaient plusieurs candidats devaient être composées d'un nombre de femmes et d'hommes correspondant à la part de femmes et d'hommes inscrits sur la liste électorale (règle dite de la « mixité proportionnelle »).

Le mécanisme mis en place par ce texte a été déclaré conforme à la Constitution par une décision n° 2017-686 QPC du 19 janvier 2018, sous la seule réserve de ne pas *«, faire obstacle à ce que les listes de candidats puissent comporter un candidat du sexe sous-représenté dans le collège électoral* ».

Cette décision est ainsi libellée.

« 7. En adoptant l'article L. 2324-22-1, le législateur a entendu assurer une représentation équilibrée des hommes et des femmes dans les institutions représentatives du personnel afin de mettre en œuvre l'objectif institué au second alinéa de l'article 1er de la Constitution.

8. À cette fin, il était loisible au législateur de prévoir un mécanisme de représentation proportionnelle des femmes et des hommes au sein du comité d'entreprise et de l'assortir d'une règle d'arrondi pour sa mise en œuvre.

9. Toutefois, l'application de cette règle d'arrondi ne saurait, sans porter une atteinte manifestement disproportionnée au droit d'éligibilité aux institutions représentatives du personnel résultant du principe de participation, faire obstacle à ce que les listes de candidats puissent comporter un candidat du sexe sous-représenté dans le collège électoral ».

Mais, par cette décision le Conseil constitutionnel ne s'est prononcé que sur la règle de mixité proportionnelle et non sur sa sanction.

Deux textes sont alors venus fixer les conséquences, pour les listes présentées par les organisations syndicales, de la méconnaissance de ces dispositions. Le 3e alinéa de l'article L. 2314-25 du code du travail et le 3e alinéa de l'article L. 2324-23 de ce code, dans leur rédaction issue du IV et du VIII de l'article 7 de la du 17 août 2015, antérieure à celle que leur a donné à compter du 1er janvier 2018 l'article 1er de l'ordonnance précitée du 22 septembre 2017, disposaient ainsi, dans des termes identiques, que « *La constatation par le juge, après l'élection, du non-respect par une liste de candidats des prescriptions prévues à la première phrase du premier alinéa de l'article L. 2314-24-1* [ou de l'article L. 2324- 22-1] *entraîne l'annulation de l'élection d'un nombre d'élus du sexe surreprésenté égal au nombre de candidats du sexe surreprésenté en surnombre sur la liste de candidats au regard de la part de femmes et d'hommes que celle-ci devait respecter. Le juge annule l'élection des derniers élus du sexe surreprésenté en suivant l'ordre inverse de la liste des candidats* ».

Il n'était nullement prévu que, comme en droit commun, les candidats invalidés soient remplacés par les candidats éligibles suivants présents sur la liste (article L. 2314-30 du code

du travail), ni que soient organisées des élections partielles Le nombre de représentants du personnel restait donc diminué pour toute la durée du mandat, sans remplacement prévu

Cette sanction très contestée (la Cour de cassation est saisie d'une demande de transmission d'une QPC en ce sens n°N.17-400.76, en cours d'examen) a été rectifiée par l'ordonnance du n°2017-1386 du 22 septembre 2017 - art. 1 qui rédigeait ainsi l'article L. 2314-10 :

« Des élections partielles sont organisées à l'initiative de l'employeur si un collège électoral n'est plus représenté ou si le nombre des membres titulaires de la délégation du personnel du comité social et économique est réduit de moitié ou plus, sauf si ces événements interviennent moins de six mois avant le terme du mandat des membres de la délégation du personnel du comité social et économique.

Les élections partielles se déroulent dans les conditions fixées à l'article L. 2314-29 pour pourvoir tous les sièges vacants dans les collèges intéressés, sur la base des dispositions en vigueur lors de l'élection précédente.

Les candidats sont élus pour la durée du mandat restant à courir. »

Mais, le Sénat a retiré cette disposition, sur un amendement de sa commission des affaires sociales, et, dans le texte adopté, la sanction de la violation de la règle de mixité proportionnelle redevient l'invalidation des élus du sexe surnuméraire, sans remplacement ni élection partielle pour toute la durée du mandat restant à courir.

L'article L. 2314-10 du code du travail dispose dorénavant que « *Des élections partielles sont organisées à l'initiative de l'employeur si un collège électoral n'est plus représenté ou si le nombre des membres titulaires de la délégation du personnel du comité social et économique est réduit de moitié ou plus, sauf si ces événements interviennent moins de six mois avant le terme du mandat des membres de la délégation du personnel du comité social et économique ou s'ils sont la conséquence de l'annulation de l'élection de membres du comité social et économique prononcée par le juge en application des troisième et avant-dernier alinéas de l'article L. 2314-32* » ;

C'est en ce que cette sanction a été rétablie, et en ce que la violation de la règle de mixité proportionnelle prive les salariés de leurs représentants que la disposition ainsi rédigée de l'article L. 2314-10 est contraire à la Constitution.

On le voit, l'effet de la violation de la règle de mixité proportionnelle est non seulement l'invalidation des candidats élus en violation de cette règle, mais encore le fait que ces candidats ne sont pas remplacés par d'autres candidats non élus, et qu'aucune élection partielle n'est organisée.

L'objectif tel qu'énoncé par les travaux parlementaires est de pousser au respect de la règle sans imposer de coût supplémentaire d'élection à l'employeur ;

Un tel objectif ne saurait suffire à justifier la disposition ; la sanction prévue n'est pas adaptée et porte atteinte à des droits constitutionnellement protégés.

En effet, alors qu'en droit commun le remplacement du délégué est organisé, serait-ce même, après épuisement des candidats d'une liste, par appel au candidat d'une autre liste, garantissant ainsi aux salariés de conserver le nombre de représentants prévus par la loi, la disposition

déférée prive non seulement *l'organisation syndicale* ayant présenté une liste ne respectant pas le principe de parité de voir son candidat invalidé remplacé, mais entraine, pour les salariés la diminution du nombre de leurs représentants pour toute la durée du mandat. Ce sont donc non pas seulement les organisations qui présentent des candidats qui sont sanctionnés mais les salariés.

Or, si le principe de mixité constitue une entorse au principe d'égalité (dont la valeur constitutionnelle a été reconnue, au regard de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 73-51 DC du 27 décembre 1973) et au principe d'égalité devant le suffrage (dont le Conseil constitutionnel, comme il l'a fait dans sa décision n° 2006-545 du 28 décembre 2006, contrôle le respect, s'agissant des élections professionnelles, au regard du 8e alinéa du Préambule de la Constitution de 1946), sa mise en œuvre ne doit pas conduire à méconnaître de manière disproportionnée d'autres principes constitutionnels.

La promotion du principe de mixité en tant qu'il constitue une exception au principe d'égalité est licite mais seulement dans la mesure où il n'est pas porté atteinte de manière disproportionnée à d'autres principes constitutionnels, et qu'elle est proportionnée à l'objectif recherché. Sa mise en œuvre ne doit donc pas excéder les limites de ces principes.

Le Conseil constitutionnel a rappelé, dans sa décision n° 2010-608 DC, que si « *il ressort des dispositions du cinquième alinéa de l'article 3 de la Constitution, éclairées par les travaux préparatoires de la loi constitutionnelle susvisée du 8 juillet 1999, que le constituant a entendu permettre au législateur d'instaurer tout dispositif tendant à rendre effectif l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives* » et que, « *à cette fin, il est désormais loisible au législateur d'adopter des dispositions revêtant soit un caractère incitatif, soit un caractère contraignant* », « *il lui appartient toutefois d'assurer la conciliation entre les nouvelles dispositions constitutionnelles et les autres règles et principes de valeur constitutionnelle auxquels le pouvoir constituant n'a pas entendu déroger* ».

Or, les dispositions litigieuses sont contraires au principe de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion de l'entreprise et elles le sont dans des conditions qui ne sont pas compatibles avec les limites qui viennent d'être rappelées.

Le principe de participation trouve à s'appliquer aux élections professionnelles, lorsque les dispositions en cause régissent la désignation de personnes ou d'organes dont la compétence, au-delà de l'examen des questions individuelles, couvre la détermination collective des conditions de travail (décision n° 2006-545 du 28 décembre 2006 ; n° 2015-465 QPC du 24 avril 2015).

Il ne protège pas les organisations mais le droit, pour la collectivité des salariés, à disposer de représentants aptes à faire valoir leurs droits.

Dès lors que la disposition en cause a pour effet, par l'éventuelle carence d'une organisation dans l'établissement de sa liste, de priver la collectivité du personnel d'une partie des représentants auxquels elle peut prétendre, le principe de participation est atteint. Ce sont bien les salariés, protégés par le principe de participation, qui sont sanctionnés dans l'effet de leur vote pour une irrégularité à laquelle ils sont étrangers.

C'est pourquoi il ne saurait ensuite être objecté que cette sanction a pour objet de rendre dissuasive la violation de l'obligation d'établir des listes respectant la règle de mixité. La

sanction ne pénalise pas seulement *l'organisation* défaillante (ce qui pourrait être éventuellement admis), mais en tout premier lieu *la collectivité des travailleurs* privée de partie de ses représentants, alors que c'est bien cette collectivité que protège le principe de participation.

L'organisation qui a présenté des candidats est certes privée du bénéfice des votes émis en sa faveur, mais surtout la disposition a pour effet de priver *les salariés* des représentants auxquels ils sont en droit de prétendre, et de *diminuer leur représentation.*

Il est ainsi clair que les dispositions en cause prévoient une sanction inadaptée aux manquements aux règles de mixité professionnelle.

Il est en d'autant plus ainsi que la sanction, disproportionnée, est même sans rapport avec d'autres situations pouvant entraîner l'annulation de l'élection d'un candidat.

On a vu que dans les autres cas d'invalidation d'un élu, son *remplacement* est assuré. Lorsque, pour un motif distinct de la méconnaissance de la règle ici en cause tenant à la composition proportionnelle des listes, le juge prononce l'annulation de la désignation d'un candidat, soit le juge détermine lui-même le candidat devant être déclaré élu en lieu et place du représentant dont la désignation a été annulée, soit le siège devient vacant et l'employeur doit organiser une nouvelle élection partielle pour réattribuer le siège en question (Soc., 9 octobre 1985, n° 85-60175 ; Soc., 18 mars 1982, n° 81-60871 ; Soc., 13 octobre 2010, n° 09-60432).

Aucun principe ne pouvait donc prévoir qu'il en soit ici autrement, sans que le principe de participation ne soit violé.

Enfin, un grief tiré de l'incompétence négative, par le législateur, de sa propre compétence, est examiné par le Conseil constitutionnel lorsque cette méconnaissance affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit (décision 18 juin 2010, n° 2010-5 QPC).Il en est ainsi lorsque l'incompétence négative du législateur affecte par elle-même les droits collectifs garantis aux travailleurs par le Préambule de la Constitution de 1946 (décision du 4 avril 2014, n° 2014-373 QPC et 11 avril 2014, n° 2014-388 QPC).

Il appartenait donc au législateur, pour le respect des principes énoncés ci-dessus, de prévoir que les salariés, privés de l'un ou plusieurs de leurs représentants par l'effet de l'irrégularité des listes au regard du principe de mixité proportionnelle, seraient assurés d'être normalement représentés par leurs délégués, sauf à violer sa compétence.

L'article L.2314-10 du code du travail tel qu'il résulte de la loi déférée sera donc déclaré contraire à la Constitution.

10) Sur le périmètre d'appréciation des difficultés économiques.

La nouvelle rédaction de l'article L. 1233-3 du code du travail issue des ordonnances méconnaît le principe à valeur constitutionnelle du droit à l'emploi (aux termes du cinquième alinéa du Préambule de 1946 : « *Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi* ») ainsi que l'objectif à valeur constitutionnelle de développement de l'emploi sur le territoire national (voir ci-dessus).

Cet article prévoit que « *Les difficultés économiques, les mutations technologiques ou la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise s'apprécient au niveau de cette entreprise si elle n'appartient pas à un groupe et, dans le cas contraire, au niveau du secteur d'activité commun à cette entreprise et aux entreprises du groupe auquel elle appartient, établies sur le territoire national, sauf fraude.* »

Ainsi, les ordonnances précisent que les difficultés économiques doivent s'apprécier sur le périmètre national lorsque l'entreprise appartient à un groupe. Le périmètre national peut toutefois être écarté en cas de fraude. Il s'agit d'un changement majeur puisque selon une jurisprudence constante de la chambre sociale de la Cour de cassation, il était convenu que « *les difficultés économiques invoquées à l'appui d'un licenciement pour motif économique doivent être appréciées au niveau du groupe ou du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise, sans qu'il y ait lieu de réduire le groupe aux sociétés ou aux entreprises situées sur le territoire national* » (Soc. 12 juin 2001, n°99-41.571).

Les dispositions de l'article 15 de l'ordonnance n°2017-1387 visent à mettre un terme à cette jurisprudence, au motif que celle-ci gênerait la réorganisation nécessaire d'entreprises connaissant en France de réelles difficultés économiques. A l'inverse, selon les promoteurs de la réforme, cette nouvelle disposition va « *accroître l'attractivité du territoire français pour les investissements internationaux, ce qui aura un impact bénéfique sur l'emploi sur notre sol* ». (Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail)

Pourtant, la règle ainsi posée porterait atteinte au droit à l'emploi dès lors qu'elle serait susceptible « *d'avoir un effet incitatif pour la délocalisation d'emplois hors de France* ». En outre, elle permettrait au Gouvernement, par la détermination des « *éventuels aménagements à cette règle* », de méconnaître le principe d'égalité devant la loi.

En conséquence de ces nouvelles dispositions, une entreprise française, filiale d'un groupe implanté au niveau mondial, pourra désormais procéder à des licenciements économiques, même si le groupe auquel elle appartient réalise des bénéfices au niveau mondial. La santé économique et financière d'une société sera donc appréciée uniquement au niveau national, abstraction faite de la santé économique et financière des autres filiales situées à l'étranger. L'essor du groupe au niveau mondial ne constitue plus un obstacle aux procédures de licenciement en France, puisqu'il ne devra plus être pris en considération dans l'appréciation du motif économique.

Une telle limitation du contrôle du motif économique à l'espace national crée mécaniquement des risques majeurs et systémiques en termes de suppression d'emplois en permettant à des groupes de placer artificiellement leur filiale française dans une situation propre à justifier le licenciement économique de ses salariés dans le but de délocaliser ses activités à l'étranger.

Ces risques ne sont pas pris en compte par ces dispositions, qui ne font référence qu'au seul cas de « fraude ». A cet égard, il est utile de rappeler l'avis du Conseil d'Etat du 17 mars 2016 relatif au projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, qui considérait au sujet de l'introduction d'une disposition similaire. Ce dernier avait notamment spécifiquement mis en garde contre le risque qu'une entreprise organise artificiellement une situation à seule fin de pouvoir justifier des licenciements pour motifs économiques : « *Le projet d'article complète cette définition par une disposition concernant le cas, qui ne procède ni de la fraude ni d'une décision de gestion de l'entreprise,*

dans lequel cette dernière organise artificiellement une situation à la seule fin de pouvoir justifier des licenciements pour motif économique. Cette disposition se fonde sur un motif d'intérêt général tenant à la préservation de l'emploi sur le territoire national, sans pour autant porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre dans les conditions reconnues par le Conseil constitutionnel notamment dans sa décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002 relative à la loi de modernisation sociale. ». Le Conseil d'Etat estimait que l'ajout de cette disposition visant à régir des situations s'apparentant à un abus de droit ne se heurtait pas à des difficultés constitutionnelles, tout en se fondant sur un motif d'intérêt général lié à la préservation de l'emploi.

Ces précautions sont absentes des ordonnances concernant le périmètre d'appréciation des difficultés économiques au sein d'un groupe. Celles-ci se refusent à encadrer les situations dans lesquelles seraient créées artificiellement des difficultés au niveau d'une entreprise dans le seul but de justifier des licenciements pour motif économique. La fraude ne couvre pas en effet toutes les situations résultant d'un abus de droit de la part des employeurs.

En effet, seule la précision par le législateur dans le texte de l'ordonnance d'une disposition permettant de se prémunir contre la création artificielle de difficultés économiques au sein d'un groupe permettra de se prémunir contre de telles pratiques.

Par conséquent, la règle ainsi posée porte atteinte au droit à l'emploi dès lors qu'elle est susceptible d'accroître les délocalisations d'emplois hors de France au détriment de l'objectif à valeur constitutionnelle tenant à la préservation et au développement de l'emploi sur le territoire national. Ce faisant, le législateur a privé de garanties légales les exigences découlant de l'article 34 de la Constitution.

11) Sur les fourchettes d'indemnisation (dites barèmes)

Ces dispositions prévoient l'instauration de montants minimum et maximum d'indemnisation lorsque le licenciement prononcé est jugé sans cause réelle et sérieuse. Ces montants dépendent de l'ancienneté du salarié et de la taille de l'entreprise.

Les montants maximum varient entre 1 mois (moins d'un an d'ancienneté) et 20 mois de salaires (30 ans d'ancienneté et plus).

Le dernier alinéa de ces dispositions prévoit que l'indemnité allouée sur le fondement du caractère injustifié du licenciement se cumule avec les indemnités versées en raison de l'irrégularité de la procédure de licenciement pour motif économique liée :

- au défaut de consultation des représentants du personnel (art. L.1235-12)
- au défaut d'information de l'autorité administrative (art. L.1235-12)
- au non-respect de la priorité de réembauche, cette indemnité ne pouvant être inférieure à un mois de salaire (L.1235-13)
- à l'absence de mise en place d'un Comité Social et Economique, cette indemnité ne pouvant être inférieure à un mois de salaire (L.1235-15)

Le cumul ne doit pas conduire à dépasser le montant maximum fixé par l'article L. 1235-3.

Le montant minimal dépend de la taille de l'entreprise. Dans les entreprises de plus de 11 salariés, il est fixé à trois mois de salaires sauf pour les salariés ayant moins de deux ans d'ancienneté pour lesquels le plancher est fixé à un mois. Les salariés ayant moins de deux ans d'ancienneté ne se voient appliquer aucun plancher. Pour les salariés ayant moins de 10 ans

d'ancienneté travaillant dans des entreprises de moins de 11 salariés, le montant minimal varie entre 0 et 2,5 mois de salaires.

Sur la garantie des droits : aux termes de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* » (pour une application, voir 2011-138 QPC, 17 juin 2011, cons. 4, Journal officiel du 18 juin 2011, page 10460, texte n° 47, Rec. p. 291).

En déterminant des fourchettes d'indemnisation en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, le législateur permet aux employeurs de prévoir à l'avance le coût d'un licenciement injustifié. La faute de l'employeur dans l'exercice du droit de rompre peut ainsi faire l'objet d'un calcul et la sanction prononcée à l'encontre de l'employeur n'a plus de caractère dissuasif, alors même que le Conseil constitutionnel a estimé que l'objet de l'indemnisation du licenciement injustifié est précisément de « *dissuader les employeurs de procéder à des licenciements sans cause réelle et sérieuse* » (2016-582 QPC du 13 octobre 2016). La prévision du prix de la faute commise prive corrélativement de consistance le droit des salariés en contrat à durée indéterminée à n'être licencié qu'en cas de cause réelle et sérieuse, droit affirmé aux articles L. 1232-1 et L.1233-2 du code du travail. La situation est particulièrement nette pour les salariés ayant une ancienneté faible ou moyenne. La fourchette d'indemnisation est suffisamment étroite et le plafond suffisamment bas pour qu'un employeur décide de rompre le contrat d'un de ses salariés tout en sachant qu'aucune cause ne vient justifier une telle rupture.

Ainsi, le législateur envisage l'hypothèse d'une faute dans l'exercice du droit de rompre, sans prévoir de sanction adaptée, laissant libre cours à des comportements opportunistes qui privent les salariés à voir leur contrat rompu de manière justifiée. Pour ces motifs, ces dispositions sont manifestement contraires à la garantie des droits consacrée par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789.

Sur le principe d'égalité : en vertu de l'article 6 de la Déclaration de 1789, la loi « *doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse* ». Le principe d'égalité devant la loi, qui en résulte, ne s'oppose ni à ce que législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit (jurisprudence constante, v. *inter alia* 2010-3 QPC, 28 mai 2010, cons. 3, Journal officiel du 29 mai 2010, page 9730, texte n° 68, Rec. p. 97).

Le législateur a établi entre les salariés des distinctions au regard de l'indemnisation consécutive à la perte d'emploi fondées exclusivement sur leur ancienneté dans l'entreprise. Or, ce critère est de l'avis unanime de la doctrine un critère sans lien nécessaire avec le préjudice subi[2]. L'âge, le sexe et les qualifications demeurent les principaux déterminants de la durée du chômage et donc du préjudice subi par l'intervention d'un licenciement injustifié. Ainsi les personnes de plus de 50 ans restent en moyenne 671 jours au chômage, alors que celles de moins de 25 ans ne connaissent une durée de chômage de « seulement » 196 jours (données issues de « La durée de chômage au 4ème trimestre 2016 », Statistiques et Indicateurs n°

[2] G. Bargain, T. Sachs, » La tentation du barème », RDT 2016. 251. ; A. Lyon-Caen, « Plafond », RDT. 2015. 489 ; J. Grangé, « La fixation des plafonds d'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse », JCP S, n° 30-34, 2017, act. 233. Voir également les exemples cités par M.-L. Morin, « Derrière le pragmatisme des ordonnances, la perversion des droits fondamentaux au travail », Dr. Ouv. 2017. 590, spéc., p. 597

17.010). Du reste, le législateur a déjà admis la pluralité des facteurs constitutifs du préjudice lié à la perte injustifiée d'emploi. Il a ainsi obligé le pouvoir réglementaire en 2015 à bâtir un référentiel d'indemnités en fonction de « l'ancienneté » mais aussi « de l'âge et de la situation du demandeur par rapport à l'emploi » (art. L. 1235-1 du Code du travail, dans sa version issue de la loi dite Macron n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques).

Dès lors, la référence unique à l'ancienneté n'est en rapport ni directement ni nécessairement avec l'objet de la loi, créant ainsi des différences non pertinentes entre salariés qui perdent leur emploi de manière injustifiée.

Sur l'atteinte disproportionnée aux droits des victimes d'actes fautifs : Aux termes de l'article 4 de la Déclaration de 1789 : « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* ». Il résulte de ces dispositions qu'en principe, tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. La faculté d'agir en responsabilité met en œuvre cette exigence constitutionnelle. Toutefois, cette dernière ne fait pas obstacle à ce que le législateur aménage, pour un motif d'intérêt général, les conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée. Il peut ainsi, pour un tel motif, apporter à ce principe des exclusions ou des limitations à condition qu'il n'en résulte pas une atteinte disproportionnée aux droits des victimes d'actes fautifs. (v. en dernier lieu, 2017-751 DC du 7 septembre 2017, JORF n°0217 du 16 septembre 2017, cons. 32).

La jurisprudence du Conseil constitutionnel rejoint ici l'exigence d'une réparation adéquate prévue par les textes internationaux en cas de licenciement injustifié. L'exigence d'une réparation adéquate en cas de licenciement injustifié résulte tant des termes de l'article 24 de la Charte sociale européenne que de ceux, proches, de l'article 10 de la convention 158 de l'OIT. Le Comité européen des droits sociaux a ainsi jugé contraire à la Charte sociale européenne la législation finlandaise établissant un plafond d'indemnités prud'homales à 24 mois de salaires, soit davantage que le plus haut plafond prévu par la disposition ici contestée. Selon le comité européen des droits sociaux « *le plafonnement de l'indemnisation prévu par la loi relative au contrat de travail peut laisser subsister des situations dans lesquelles l'indemnisation accordée ne couvre pas le préjudice subi* » (CEDS, 8 septembre 2016, récl. 106/2014, pt 53).

Le plafonnement du montant de l'indemnisation peut conduire à une réparation dérisoire ou sans rapport avec le préjudice subi par un salarié injustement licencié. Les exemples sont nombreux : les salariés âgés dont l'ancienneté peut être faible suite à un changement d'emploi ou même à un débauchage par le dernier employeur, les salariés ayant des charges de famille importante (enfants handicapés, parent isolé, aidant familial…), les salariés licenciés sans l'ombre d'un motif dans des entreprises en très bonne situation financière. Certaines situations ne peuvent être prises en compte correctement de sorte qu'il en résulte une atteinte disproportionnée aux droits des victimes d'actes fautifs.

La faiblesse de la réparation et sa disproportion avec le préjudice sont également patentes quand on examine les licenciements pour motif économique injustifiés qui se doublent d'irrégularités de procédure. Pour ces dernières, le code du travail prévoit un plancher qui, en cas de cumul des irrégularités, ne peut être inférieur à un mois de salaires (art. L.1235-12, L.1235-13, L.1235-15). Or, l'octroi de ces indemnités ne doit pas conduire en cas de licenciement injustifié à dépasser le montant du plafond selon l'avant dernier alinéa de la disposition contestée. Si on ajoute à cela que l'insuffisance de motivation, dans l'hypothèse où le salarié n'aurait pas demandé de précisions, donne lieu au versement d'une indemnité maximale d'un mois,

l'application des plafonds pourrait conduire à ce que certains salariés ne se voient pas réparer le préjudice lié à l'absence de cause réelle et sérieuse. A titre d'exemple, pour un salarié ayant entre un et deux d'ancienneté, le plafond est de 3,5 mois d'ancienneté.

Au demeurant, si le licenciement n'a pas été suffisamment motivé (L. 1235-2 : un mois maximum), que la priorité de réembauche n'a pas été respectée (L. 1235-13 : un mois minimum) et que l'entreprise n'a pas procédé à la mise en place d'un comité sociale et économique (1235-15 : un mois minimum), le plafond des 3,5 mois serait atteint sans que le salarié n'ait pu obtenir réparation du préjudice résultant de son licenciement sans cause réelle et sérieuse. Dans une telle situation, les droits des victimes seraient manifestement méconnus. Ce d'autant que la Chambre sociale de la Cour de cassation, allant à contre-courant de sa propre jurisprudence, a estimé que « la perte injustifiée de son emploi par le salarié lui cause un préjudice dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue » (Cass. soc. 13 septembre 2017, PBRI n°16-13578).

En définitive, en ne tenant compte que de l'ancienneté et sans prévoir de circonstances particulières dans lesquelles le plafond pourrait être écarté autres que l'atteinte aux droits fondamentaux, les harcèlements et la discrimination (art. L. 1235-3-1), le législateur a méconnu les exigences constitutionnelles liées tant au principe d'égalité qu'à celui de responsabilité issu de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

12) Sur l'expertise santé et sécurité

Les dispositions contestées (modifiant les 2° et 3° de l'article L. 2315-80 ainsi que l'article L. 2315-61 du code du travail) méconnaissent les principes à valeur constitutionnelle de participation des travailleurs et de droit à la santé respectivement consacrés par les alinéas 8 et 11 du Préambule de la Constitution de 1946.

Est reconnu depuis l'ordonnance du 22 septembre 2017 aux membres du CSE, le droit jusqu'alors octroyé aux seuls membres du CHSCT de recourir à une expertise santé et sécurité, désormais dénommée « *qualité de travail et d'emploi, en cas de « projet important modifiant les conditions de travail* ». Ce droit est désormais intégré à l'article L. 2315-94 du code du travail. En ce cas, les membres du CSE ont le droit de recourir à un expert habilité (qualité de travail et d'emploi), alors que le CHSCT pouvait recourir à un expert agréé.

Par là même, est remis en cause le caractère systématique de l'obligation patronale de financement intégral d'une telle expertise. Dans les dispositions antérieures, pour l'exercice de ses missions, l'article L. 4614-12 du code du travail permettait au CHSCT de « faire appel à un expert agréé : (...) « *1° Lorsqu'un risque grave, révélé ou non par un accident du travail, une maladie professionnelle ou à caractère professionnel est constaté dans l'établissement; 2° En cas de projet important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail, prévu à l'article L. 4612-8-1» (...)* ». En outre, la loi instituait l'obligation patronale de financement intégral d'une telle expertise (L. 4614-13 du code du travail).

Désormais, en application des dispositions contestées, le CSE doit financer à hauteur de 20 % les frais d'expertise, sauf si son budget de fonctionnement est insuffisant pour couvrir le coût (et si aucun excédent annuel de ce budget n'a été affecté au financement des activités sociales et culturelles au cours des 3 dernières années), auquel cas seulement l'employeur doit financer intégralement l'expertise.

Le droit de recourir à une expertise santé et sécurité au travail intégralement financée par l'employeur en cas de « *projet important modifiant les conditions de travail* » financé intégralement par l'employeur constitue une garantie légale qui découle des exigences constitutionnelles qui découlent des alinéas 8 et 11 du Préambule de la Constitution de 1946.

A ce titre le Conseil constitutionnel a en effet jugé dans sa décision n° 2015-500 QPC du 27 novembre 2015 que : *« (...) le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail est compétent pour décider de faire appel à un expert agréé en cas de risque grave dans l'établissement* ***ou en cas de projet important modifiant les conditions de santé, de sécurité ou de travail*** *;* ***que les frais de l'expertise décidée par le comité sont****, en vertu des dispositions du premier alinéa de l'article L. 4614-13 du même code,* ***à la charge de l'employeur*** *;* ***qu'en adoptant ces dispositions, le législateur a mis en œuvre les exigences constitutionnelles de participation des travailleurs*** *à la détermination des conditions de travail* ***ainsi que de protection de la santé des travailleurs****, qui* ***découlent des huitième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946*** *».*

Le Conseil constitutionnel a ainsi consacré l'obligation patronale de financement comme condition nécessaire de l'effectivité des 8e et 11e alinéas sus-évoqués. Et ces dispositions en litiges viennent précisément priver ces principes à valeur constitutionnelle de garanties légales.

En premier lieu, le coût final de l'expertise ne peut être déterminé avant que le CSE ne décide de l'expertise. A cet égard on rappellera que l'expert à l'obligation de transmettre le coût prévisionnel dans les 10 jours qui suivent sa désignation (R. 2315-46 C. Trav.) et que ce coût ne correspond pas nécessairement au coût final de l'expertise (L. 2315-86). Le droit de recourir à une expertise financée par l'employeur est ainsi subordonné par la loi à une condition qui n'est pas légalement censée pouvoir être vérifiée, au jour de la réunion au cours de laquelle le CSE doit prendre la décision de recourir ou non à l'expertise. Pareille exigence aura donc un effet dissuasif, voir privatif de droit. La crainte d'avoir éventuellement à financer une expertise pourra dissuader d'en prendre la décision et priver d'effectivité un droit correspondant à une exigence constitutionnelle, notamment pour la protection de la santé des travailleurs par les effets qui en découlent nécessairement au regard de la loi.

En deuxième lieu, l'obligation patronale de financement intégral n'est prévue que lorsque « *lorsque le budget de fonctionnement est insuffisant pour couvrir les frais de l'expertise* ». Des termes de la loi il peut résulter que seuls pourraient bénéficier de ce financement intégral, les CSE dont le montant du budget de fonctionnement devant être alloué par l'employeur (L. 2315-61 C. Trav.[3]) ne serait pas suffisant. Pourraient être exclus de ce droit les CSE dont le montant du budget de fonctionnement serait devenu insuffisant, à la suite notamment du recours antérieur par le CSE à des expertises au financement desquelles il doit contribuer, lesquelles ne se limitent pas aux projets importants en termes de conditions de travail. Pareille interprétation porterait atteinte aux droits constitutionnels impliqués en favorisant la remise en cause d'un droit constitutionnellement garanti. Ce risque d'interprétation contraire à la Constitution doit être levé par une réserve d'interprétation qui garantit que le budget de fonctionnement dont l'insuffisance déclenche l'obligation de financement patronal s'entend du budget restant, au jour de la décision du CSE de recourir à l'expertise qualité de travail et d'emploi, sur un projet important modifiant les conditions de travail.

En troisième lieu, on notera la rupture d'égalité devant la loi entre les CSE :

---

[3] L'employeur verse au comité social et économique une subvention de fonctionnement d'un montant annuel équivalent à (...).

- résultant de la condition tenant un budget de fonctionnement insuffisant

- et de celle tenant à l'absence de transfert de tout excédent annuel au financement des activités sociales et culturelles, sur les trois dernières années[4]. A laquelle s'ajoute l'interdiction, le cas échéant, de procéder à un tel transfert dans les trois années suivant l'expertise financée par l'employeur (L. 2315-61).

Les CSE dont le budget est modeste s'en trouveront obligés de renoncer pendant 6 années à l'exercice d'un droit formellement reconnu à tout CSE (transfert l'excédent annuel du budget de fonctionnement au financement des activités sociales et culturelle) au risque, à défaut, de ne pouvoir exercer un droit constitutionnellement garanti. Sans que la différence de budget paraisse constituer une différence de situation propre à justifier une telle restriction du droit constitutionnel de recourir à une expertise spécialisée, afin de participer à la protection de la santé et de la sécurité au travail.

Le système de financement ainsi institué porte donc atteinte au principe de participation et au droit à la santé constitutionnellement garantis aux travailleurs.

13) Sur la fusion des instances représentatives du personnel et la suppression du Comité d'Hygiène, de Sécurité et des Conditions de Travail (CHSCT)

L'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales instaure, dans les entreprises de plus de 50 salariés, le Comité d'Entreprise (CE), les Délégués du Personnel et les Comité d'Hygiène, de Sécurité et des Conditions de Travail en un unique Comité Social et Economique (CSE), chargé d'assurer les compétences représentatives de ces trois instances.

Les représentants du CSE sont donc amenés à exercer de multiples compétences : défense quotidienne des salariés (jusqu'ici dévolue aux délégués du personnel), gestion et émission d'avis sur les questions économiques (CE) et alerte et expertise sur la santé et la sécurité (CHSCT).

Dans les entreprises de plus de 300 salariés, cette fusion s'accompagne d'une réduction du nombre de réunion obligatoire annuelle, puisque l'on passe d'un minimum légal de 12 réunions du CE et de 4 réunions du CHSCT à 12 réunions du CSE (Article L 2315-27). En outre, les suppléants ne sont plus conviés aux réunions qu'en cas d'absence du titulaire (Article L. 2314-1 alinéa 2), ce qui augmente la charge de travail et réduit le niveau d'information des représentants.

Une commission réservée à l'hygiène et à la santé doit désormais être mise en place dans les entreprises de plus de 300 salariés, sur les sites nucléaires et sur demande de l'inspection du travail dans les entreprises de moins de 300 salariés. Sa composition, ses missions et les moyens qui lui sont allouées dépendent d'un accord d'entreprise. L'influence de l'employeur y est plus importante que dans l'ancien CHSCT car il peut adjoindre à la commission des experts et des techniciens appartenant à l'entreprise et choisis en dehors du comité.

4

Or, la fusion des instances représentatives du personnel en une seule, le Comité Social et Economique, constitue une atteinte au droit à la protection de la santé dans la mesure où elle contribue à réduire la prévention, l'alerte et la prise en compte au sens large des questions sanitaires au sein des entreprises.

Tout d'abord, la dénomination du Conseil Social et Economique ne reflète pas les compétences du Comité d'Hygiène, de Sécurité et des Conditions de Travail, toute référence aux conditions de travail y étant gommée. Ensuite, cette fusion supprime la spécificité des compétences des élus du CHSCT, qui disposaient jusqu'alors de formations spécifiques. Elle prive les entreprises d'une ressource compétente en matière de santé et de sécurité.

Ce qui constitue une méconnaissance bien particulière du droit à la protection de la santé réside dans la confusion organisée entre les compétences économiques et gestionnaires du Comité d'Entreprise et les compétences et spécialités de sécurité et de santé du CHST. Autrement énoncé, la fusion de ces instances engendrera une contamination certaine entre questions sanitaires et questions économiques, alors que jusqu'ici les élus du CHSCT pouvaient exercer leurs compétences et leurs droits, d'alerte en particulier, sans se soucier de considérations financières. Désormais, le risque de subordination des enjeux sanitaires en termes d'investigation et de prévention aux impératifs économiques règne, au détriment de la protection de la santé des salariés.

Si, dans les entreprises de plus de 300 salariés, une commission réservée à l'hygiène et à la santé subsiste, priver la majorité des salariés français qui travaillent dans des petites et moyennes entreprises (PME) d'une telle structure constitue une atteinte manifeste au droit constitutionnel à la protection de la santé.

En effet, les risques sanitaires sont liés à l'activité et non à la taille de l'entreprise. A titre d'exemple, le secteur du Bâtiment et Travaux Public, où l'Indice de Fréquence d'accident du travail est le plus élevé[5], n'est composé que de 0,03% d'entreprises de plus de 250 salariés. L'inégalité entre salariés d'Entreprises de Taille Intermédiaire et de Grandes Entreprises d'une part, et les salariés des Petites et Moyennes Entreprises d'autre part, ne répond donc à aucune considération sanitaire, puisque, comme l'exemple du secteur du BTP le montre, les salariés des PME ne sont nullement plus naturellement protégés des Accidents du Travail et des Maladies Professionnelles. Cet effet de seuil correspond uniquement à une considération financière, le gouvernement ayant certainement estimé que les Entreprises de Taille Intermédiaire et les Grandes Entreprises sont plus aptes à supporter le coût de cette commission. Or, cette logique va à l'encontre de ce qui est notamment défendu par la directive européenne du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail : *« l'amélioration de la sécurité, de l'hygiène et de la santé des travailleurs au travail représente un objectif qui ne saurait être subordonné à des considérations de caractère purement économique »*[6].

Mais la protection sanitaire des salariés d'entreprise de plus de 300 salariés reste inférieure à ce qu'elle était avec le CHSCT. La commission d'hygiène et de santé verra ses contours (nombre

---

5 http://www.risquesprofessionnels.ameli.fr/fileadmin/user_upload/document_PDF_a_telecharger/etudes_statistiques/livret_de_sinistralite/2016/Tableaux%20Synth%C3%A8se%20sinistralit%C3%A9%202016%20(n-2017-090).pdf

6 Directive 89/391/CEE du Conseil, du 12 juin 1989, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail.

de membres, modalités de désignation, missions, modalités de fonctionnement, et moyens alloués) définis par accord d'entreprise et non par la loi. En outre, l'article L2315-39 prévoit que « *L'employeur peut adjoindre à la commission avec voix consultative des experts et des techniciens appartenant à l'entreprise et choisis en dehors du comité* » : il s'agit d'un recul de l'indépendance de l'ancien CHSCT, essentiel à l'objectivité de son expertise sanitaire et de sécurité des salariés.

Au regard des différents arguments développés, il ressort que la protection de la santé et de la sécurité des salariés ainsi que l'égal accès à cette protection sont largement remis en cause par l'application de la suppression du CHST et l'établissement du CSE dans sa rédaction issue des ordonnances. Ce faisant, la violation du droit à la protection de la santé est caractérisée.

14) Sur la réforme du compte pénibilité et l'exclusion de quatre facteurs de pénibilité.

Les dispositions relatives au « compte professionnel de prévention » (Article 1 de l'ordonnance n° 2017-1389 du 22 septembre 2017) méconnaissent aussi le droit à la santé consacré par l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946.

La cinquième ordonnance réforme en profondeur le compte personnel de prévention de la pénibilité, qu'elle renomme compte professionnel de prévention. Mis en place en 2015, le compte personnel de prévention de la pénibilité permettait aux salariés exposés à des facteurs de risques de cumuler des points donnant droit à des formations, du temps partiel et un départ à la retraite anticipée. Le raisonnement du législateur avait été d'estimer que la plus faible espérance de vie de certaines catégories de travailleurs exposés à des risques lourds devait être compensée voir limitée par leur prise en compte. La retraite anticipée et les temps partiels permettait aux salariés de préserver leur santé.

Le « compte professionnel de prévention » pose des conditions nouvelles à la prise en compte de quatre risques : la manutention manuelle de charges lourdes, les postures pénibles, l'exposition à des vibrations mécaniques et l'exposition à des agents chimiques dangereux ne peuvent désormais donner lieu à un départ anticipé en retraite qu'à la condition de justifier d'un taux d'incapacité permanente de 10% reconnu au titre d'une maladie professionnelle ou d'un accident du travail.

Le mode de financement est également transformé : le compte personnel de prévention de la pénibilité était financé par une cotisation de base due par toute entreprise et une cotisation additionnelle due par les entreprises ayant exposé au moins un de leurs salariés à la pénibilité au-delà des seuils fixés. Le compte professionnel de prévention est quant à lui financé par la branche accidents du travail et maladie professionnelles du régime général et par celle du régime agricole.

Les quatre facteurs d'expositions dont la prise en compte est désormais conditionnée sont loin d'être anecdotiques, et ils influent sur la santé des salariés français :

- ***La manutention manuelle de charges lourdes concernait 8 044 200 salariés*** en 2010 selon l'enquête « Surveillance médicale des expositions aux risques professionnels » réalisée par les médecins du travail et de prévention et coordonnée par la Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques et la Direction générale du travail.

- ***Les postures pénibles étaient subies par 2 438 000 salariés***, selon la même enquête.

- ***1 479 800 salariés étaient exposés à des vibrations mécaniques.***

- ***2 200 000 salariés étaient exposés à au moins un produit chimique cancérogène.*** Les cancérogènes les plus souvent cités sont les gaz d'échappement diesel, les huiles minérales entières, les poussières de bois et la silice cristalline. 38 % des situations d'exposition sont de durée et/ou d'intensité importantes.

Le nombre de personnes exposées ne justifie donc pas la limitation dont ces quatre facteurs font l'objet. De plus, les facteurs de risques précédemment quantifiés ont des conséquences indiscutables et souvent dramatiques sur la santé des travailleurs qui y sont exposés :

- ***En 2016, la manutention manuelle était à l'origine de 53% des accidents du travail et 20% des décès***[7].

- ***Les postures pénibles sont à l'origine des affections périarticulaires provoquées par certains gestes et postures de travail,*** une catégorie de maladies professionnelles dont le nombre de cas reconnus en 2014 était de 40 936.

- ***L'exposition régulière aux vibrations mécaniques peut être à l'origine de troubles vasculaires,*** comme le syndrome de Raynaud d'origine professionnelle, ***neurologiques*** (réduction de la perception tactile ainsi qu'une dégradation de la dextérité manuelle) ***et musculosquelettiques*** (douleurs dans les mains et les bras accompagnées d'une diminution de leur force musculaire)[8].

- ***L'exposition à un agent chimique provoque des dégâts évidents. En Europe, environ 30 % des maladies professionnelles reconnues seraient d'origine chimique***, selon l'Institut national de recherche et de sécurité pour la prévention des accidents du travail et des maladies professionnelles (INRS).

Le lien entre l'atteinte à la santé des personnes et ces facteurs de risques étant établi, il convient d'apprécier l'exigence constitutionnelle de protection de la santé à l'aune de ces nouveaux dispositifs. Le renoncement à la logique préventive constitue une régression. En effet, le compte professionnel de prévention conditionne la prise en compte de ces facteurs à la reconnaissance d'une maladie professionnelle. C'est un dévoiement complet de la logique du compte pénibilité : il faudra désormais être déjà malade ou avoir subi un accident du travail pour bénéficier des droits afférents à une exposition. Le législateur accepte donc la survenance de pathologies et passe d'une logique de prévention à une logique de réparation, ce qui aura un impact nettement moins positif sur la santé des salariés.

La logique de prévention subit un second renoncement dans la réforme de mode de financement du compte professionnel de prévention. En effet, le financement par mutualisation, c'est-à-dire par la branche accident du travail et maladie professionnelle du régime général et celle du régime agricole, se substitue au financement par une cotisation de base et une cotisation conditionnée à l'exposition excessive d'un salarié de l'entreprise à un facteur de risques lié à la pénibilité. Ce qui signifie que le non-respect des normes d'exposition et la non-prise en compte

[7] Rapport Annuel 2016, L'Assurance Maladie – Risques professionnels
[8] http://www.inrs.fr/risques/vibration-membres-superieurs/effets-sante.html

des risques ne représentera plus de coût supplémentaire pour les entreprises, qui ne financeront le dispositif qu'à la hauteur de leur contribution ordinaire à la branche accident du travail maladie professionnelle dont elles dépendent. Il s'agit d'une rupture fondamentale avec la logique de prévention dite « pollueurs-payeurs » : les entreprises ne seront plus incitées à limiter l'exposition et développer une prévention rigoureuse.

Cet abandon de la logique préventive pour l'ensemble des facteurs d'exposition, par la réforme du mode de financement du compte professionnel de prévention, et pour quatre facteurs d'exposition particulièrement pathogènes, renvoyé à une logique de réparation, méconnaît la protection de la santé des salariés et constitue un renoncement au progrès sanitaire dans l'entreprise. Ce faisant, la violation du droit constitutionnel à la protection de la santé est constituée.

15) Sur la présomption de conformité des accords collectifs sur le travail de nuit.

L'article 32 de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail établit une présomption de conformité des accords collectifs sur le travail de nuit et méconnait à ce titre le droit constitutionnel à la protection de la santé.

En effet, depuis la loi du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, des accords collectifs sont possibles pour étendre les plages horaires du travail de nuit et le rendre possible dans des entreprises (Article L3122-15 du Code du travail). Ces accords doivent être justifiés par « la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale » et prendre en compte « les impératifs de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs » (Article L3122-1 du Code du travail).

A cet égard, l'article 32 de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail prévoit une présomption de conformité des accords collectifs visant établissement ou extension du travail de nuit à l'article L3122-1 du Code du travail. Ce faisant, la charge de la preuve est inversée.

Or, plusieurs travaux scientifiques récents ont considérablement amélioré la connaissance des effets du travail de nuit sur la santé :

- ***En juin 2016, l'Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail (Anses) a publié un rapport établissant que les risques de troubles du sommeil et de troubles métaboliques sont « avérés » et qu'il est « probable » que travailler la nuit soit à l'origine de nombreux cancers et surtout de maladies cardiovasculaires :*** *"Sur le plan physiologique, il se produit une désynchronisation entre les rythmes circadiens [cycles biologiques de 24h] calés sur un horaire de jour et le nouveau cycle imposé par le travail de nuit. Cette désynchronisation est favorisée par des conditions environnementales peu propices au sommeil : lumière du jour pendant le repos, température plus élevée qu'habituellement la nuit, niveau de bruit plus élevé dans la journée... »* . Nos fonctions métaboliques étant alignées sur le cycle de la journée, leurs perturbations peuvent par exemple affecter la division cellulaire et *"favoriser un processus de cancérogenèse"*.

- ***Selon une étude publiée dans la revue de l'American Association for Cancer Research le 8 janvier 2018[9], ont révélé que le travail de nuit entraînait une augmentation de 19 % du risque de cancer pour les femmes pendant plusieurs années.*** Ce risque est le plus grand pour le cancer de la peau (41 %), suivi par le cancer du sein (32 %) et le cancer gastro-intestinal (18 %) comparativement aux femmes n'ayant pas effectué de travail de nuit de façon durable. Dans leurs conclusions, ils estiment que *« Les résultats de cette étude suggèrent la nécessité de programmes de protection de la santé des femmes travaillant de nuit, avec des examens médicaux réguliers ».*

Ces résultats alarmants impliquent nécessairement que l'effectivité du droit à la protection de la santé conduise à augmenter et non diminuer les garanties légales en ce qui concerne les possibilités de recours au travail de nuit.

Or il résulte de l'ordonnance n°2017-1387 une régression de ces garanties légales. En effet, la présomption de conformité des accords collectifs portant extension et établissement du travail de nuit vise à « sécuriser » les dits accord et, par conséquent, rendre leur contestation plus difficile au regard des deux conditions posées par l'article L. 3122-1 : « *la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale* » et la prise en compte des « *impératifs de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs* ».

La mise en œuvre de la présomption de conformité va avoir pour conséquence certaine d'augmenter le recours au travail de nuit. Il s'agit là d'une négligence manifeste et organisée de la santé des travailleurs. Ce faisant, la diminution des garanties légales et la violation du droit constitutionnel à la protection de la santé est constituée.

16) Sur la représentation dans les réseaux de franchise.

L'article 4 bis du texte déféré est ainsi libellé : « L'article 64 de 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 est abrogé ».

Le texte abrogé était le suivant :

« I. - Dans les réseaux d'exploitants d'au moins trois cents salariés en France, liés par un contrat de franchise mentionné à l'article L. 330-3 du code de commerce qui contient des clauses ayant un effet sur l'organisation du travail et les conditions de travail dans les entreprises franchisées, lorsqu'une organisation syndicale représentative au sein de la branche ou de l'une des branches dont relèvent les entreprises du réseau ou ayant constitué une section syndicale au sein d'une entreprise du réseau le demande, le franchiseur engage une négociation visant à mettre en place une instance de dialogue social commune à l'ensemble du réseau, comprenant des représentants des salariés et des franchisés et présidée par le franchiseur.

L'accord mettant en place cette instance prévoit sa composition, le mode de désignation de ses membres, la durée de leur mandat, la fréquence des réunions, les heures de délégation octroyées pour participer à cette instance et leurs modalités d'utilisation.

A défaut d'accord :

[9] "Night Shift Work Increases the Risks of Multiple Primary Cancers in Women: A Systematic Review and Meta-analysis of 61 Articles" *Cancer Epidemiology, Biomarkers and Prevention, Xia Yuan, Chenjing Zhu, Manni Wang, Fei Mo, Wei Du and Xuelei Ma*

1° Le nombre de réunions de l'instance est fixée à deux par an ;
2° Un décret en Conseil d'Etat détermine les autres caractéristiques mentionnées au deuxième alinéa.

Les membres de l'instance sont dotés de moyens matériels ou financiers nécessaires à l'accomplissement de leurs missions. Les dépenses de fonctionnement de l'instance et d'organisation des réunions ainsi que les frais de séjour et de déplacement sont pris en charge selon des modalités fixées par l'accord [Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2016-736 DC du 4 août 2016.]

Lors de sa première réunion, l'instance adopte un règlement intérieur déterminant ses modalités de fonctionnement.

Lors des réunions mentionnées au deuxième alinéa et au 1° du présent I, l'instance est informée des décisions du franchiseur de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail ou les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle des salariés des franchisés.

Elle est informée des entreprises entrées dans le réseau ou l'ayant quitté.

L'instance formule, à son initiative, et examine, à la demande du franchiseur ou de représentants des franchisés, toute proposition de nature à améliorer les conditions de travail, d'emploi et de formation professionnelle des salariés dans l'ensemble du réseau ainsi que les conditions dans lesquelles ils bénéficient de garanties collectives complémentaires mentionnées à l'article L. 911-2 du code de la sécurité sociale.

Un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions d'application du présent I, en particulier le délai dans lequel le franchiseur engage la négociation prévue au premier alinéa du présent I.

II. - Les organisations syndicales et les organisations professionnelles des branches concernées établissent un bilan de la mise en œuvre du présent article et le transmettent à la Commission nationale de la négociation collective au plus tard dix-huit mois après la promulgation de la présente loi ».

Est ainsi supprimée la représentation du personnel dans les réseaux de franchise, représentation pourtant déclarée conforme à la Constitution par la décision n° 2016-736 DC du 4 août 2016.

1 – Une telle disposition méconnait en premier lieu les limites de l'habilitation législative, ainsi que l'a au demeurant reconnu Mme la Ministre du travail dans les débats devant le Sénat: « *L'avis du Gouvernement est défavorable. Selon nous, ce sujet n'entrait pas dans le champ de la loi d'habilitation que vous avez votée. (Sourires sur plusieurs travées.) Nous ne l'avons jamais évoqué, et nous n'aurions même pas osé le faire !* ».

2 – Privant les salariés des réseaux de franchise de la représentation adéquate commandée par la structure particulière de ces réseaux, elle porte atteinte au principe de participation. Or, comme l'a relevé le Conseil constitutionnel dans sa décision précitée, (29) « *les caractéristiques des contrats de franchise conduisent à ce que l'encadrement des modalités d'organisation et de fonctionnement des entreprises franchisées puisse avoir un impact sur les conditions de travail de leurs salariés. Cette différence de traitement est en rapport avec l'objet de la loi tendant à prendre en compte, par la création d'une instance de dialogue social, l'existence d'une*

communauté d'intérêt des salariés des réseaux de franchise ». De plus (32) « . En adoptant les dispositions contestées, le législateur a entendu permettre aux représentants des salariés des employeurs franchisés d'être informés des décisions du franchiseur « *de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail ou les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle des salariés des franchisés* » *et de formuler des propositions. Il a ainsi poursuivi un objectif d'intérêt général* ».

La suppression de l'instance de dialogue social dans les réseaux de franchise porte donc au principe de participation une atteinte injustifiée.

L'article 4 bis de la loi déférée est donc contraire à la Constitution.

Tels sont les motifs pour lesquels nous demandons à titre principal, au Conseil constitutionnel de déclarer inconstitutionnelle l'intégralité du présent projet de loi, et à titre subsidiaire, de déclarer inconstitutionnels ses articles et dispositions qui ont méconnu la Constitution.