

**Commentaire de la décision n° 2006-545 DC du 28 décembre 2006**

Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié  
et portant diverses dispositions d'ordre économique et social

Afin de mieux associer les salariés aux résultats et à la gestion de leur entreprise, le Gouvernement a déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale, le 21 juin 2006, un projet de loi relatif au développement de la participation et de l'actionnariat salarié.

Le périmètre de ce projet s'est vu augmenté, par lettre rectificative déposée à l'Assemblée nationale le 21 septembre 2006, d'articles d'inspirations diverses (chèque-transport, cotation en bourse des clubs sportifs etc.) sans rapport avec son objectif premier.

Substantiellement amendé, il se présente, dans sa rédaction finalement adoptée, et comme l'indique son intitulé définitif, comme une loi portant diverses mesures d'ordre social et financier (titres III à VI), comprenant, il est vrai, un volet important relatif à la participation (titres I et II).

Il a fait l'objet d'un recours de plus de soixante députés.

La saisine mettait en cause cinq de ses articles (29, 48, 51, 54 et 60).

*I. L'article 29*

L'article 29 insère dans le code du travail un nouvel article L. 432-4-3 qui tend à autoriser les partenaires sociaux à déroger, par voie d'accord collectif, aux règles relatives à l'information du comité d'entreprise dans les entreprises occupant au moins trois cents salariés.

Avant d'examiner les griefs formés contre lui (B), il convient d'en rappeler l'économie générale (A).

A. En application des articles L. 432-1 et suivants du code du travail, dans les entreprises disposant d'un comité d'entreprise, le chef d'entreprise a l'obligation d'informer et de consulter le comité sur différentes questions relatives à la situation économique et sociale de l'entreprise.

Les dérogations prévues par l'article 29 ne concernent que les obligations d'information.

Elles s'inspirent de deux dispositions qui figurent déjà dans le code du travail:

- quant à la procédure, l'article L. 320-3<sup>45</sup>, relatif aux « accords de méthode », qui, en matière de licenciement économique, permettent de définir des modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise dérogatoires à celles prévues par le code du travail;
- quant au fond, l'article L. 432-4-2, qui prévoit un allègement des obligations d'information incombant à l'employeur dans les entreprises de moins de trois cents salariés en instaurant la remise d'un rapport annuel unique.

En vertu des dispositions contestées, dans les entreprises employant au moins trois cents salariés, les partenaires sociaux pourront adapter, par voie d'accord d'entreprise, de groupe ou de branche, les modalités d'information du comité d'entreprise et organiser « l'échange de vues » auquel la transmission de ces informations donne lieu.

L'accord peut substituer un rapport unique – d'une périodicité au moins annuelle – aux informations et documents que le chef d'entreprise doit actuellement fournir sur:

- le travail à temps partiel (L. 212-4-9 – au moins une fois par an),
- l'évolution de l'emploi et des qualifications (L. 432-1-1 – annuel),
- la situation comparée des hommes et des femmes (L. 432-3-1 – annuel),
- la situation économique et sociale de l'entreprise (sixième et huitième alinéas et dernière phrase du dernier alinéa de l'art. L. 432-4 – périodicité variable en fonction des documents),
- ainsi que la situation de l'emploi, notamment de l'emploi précaire (L. 432-4-1 – trimestriel).

B. Les requérants soutenaient que ces dispositions, en amoindrissant les compétences dévolues aux comités d'entreprise, remettaient en cause le droit des salariés à participer à la gestion de leur entreprise garanti par le huitième alinéa du Préambule de 1946. Ils leur reprochaient également de rompre l'égalité entre comités d'entreprises, selon que l'emploi plus ou moins de trois cent salariés. Ils estimaient enfin qu'en déléguant aux partenaires sociaux l'établissement des garanties légales qui doivent être accordées aux institutions représentatives des salariés, le législateur avait méconnu sa propre compétence.

1) Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 dispose en son huitième alinéa que: « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises. » Quant à l'article 34 de la Constitution, il confie à la loi le soin de déterminer les principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical.

Le Conseil déduit de la combinaison de ces deux dispositions que « c'est au législateur qu'il revient de déterminer, dans le respect du principe qui est énoncé au huitième alinéa du Préambule, les conditions et garanties de sa mise en œuvre »<sup>46</sup>.

Il convient donc de vérifier si le législateur a prévu ces garanties de mise en œuvre, étant précisé qu'« il lui est à tout moment loisible d'apprécier l'opportunité de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions »<sup>47</sup>.

En ce qui concerne, en premier lieu, les obligations de consultation du comité d'entreprise, les garanties sont inchangées.

En ce qui concerne, en second lieu, les obligations d'information, il est vrai que l'article 29 permet à un accord collectif de les modifier.

Toutefois, quant au contenu des informations et à la périodicité avec laquelle elles doivent être communiquées, le législateur s'est borné à reproduire, pour l'essentiel, les dispositions prévues par l'article L. 432-4-2 du code du travail pour les entreprises de moins de 300 salariés.

Or, dans une décision du 16 décembre 1993, le Conseil constitutionnel, examinant ces dernières dispositions, a expressément jugé qu'elles ne privaient pas les représentants des salariés des informations « nécessaires pour que soit assurée la participation du personnel à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion de l'entreprise »<sup>48</sup>.

2) On vient de voir que le législateur permet aux entreprises de plus de 300 salariés de recourir à un système d'information similaire à celui prévu par l'article L. 432-4-2 du code du travail pour les entreprises de moins de 300 salariés.

Il a donc plutôt rétabli l'égalité entre l'ensemble des entreprises soumises à l'obligation d'instituer un comité d'entreprise.

Si, en règle générale, le principe d'égalité impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes<sup>49</sup>.

3) Sur le fondement de l'article 34 de la Constitution et du huitième alinéa du Préambule de 1946, le Conseil a jugé: « qu'il est loisible au législateur, après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions et aux relations de travail, de laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser, notamment par la voie de la négociation collective, les modalités concrètes d'application des normes qu'il édicte »<sup>50</sup>.

Il a précisé dans la même décision « que le législateur peut en particulier laisser les partenaires sociaux déterminer, dans le cadre qu'il a défini, l'articulation entre les différentes conventions ou accords collectifs qu'ils concluent au niveau interprofessionnel, des branches professionnelles et des entreprises ».

Il a toutefois considéré que « lorsque le législateur autorise un accord collectif à déroger à une règle qu'il a lui-même édictée et à laquelle il a entendu conférer un caractère d'ordre public, il doit définir de façon précise l'objet et les conditions de cette dérogation ».

En l'espèce, le législateur a prévu une simple faculté de recourir à des dérogations aux règles qu'il a fixées en matière de communication d'informations au comité d'entreprise.

Il a déterminé la périodicité et le contenu obligatoires du rapport qui, dans une telle hypothèse, se substitue aux documents prévus par la loi, ainsi que les modalités de sa communication.

En encadrant précisément la possibilité de conclure un accord dérogatoire, il a épuisé l'étendue de sa compétence.

## *II. L'article 48*

L'article 48 de la loi déferée crée un « contrat de mobilité ».

A. Il insère dans le code du travail un article L. 320-2-1 qui permet aux employeurs ayant conclu un accord collectif relatif à la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, dans les entreprises ou établissements occupant au moins mille personnes ou de dimension communautaire, de proposer à leurs salariés un « congé de mobilité » destiné à favoriser leur retour à un emploi stable.

Il précise que ces périodes de travail peuvent être accomplies au sein ou en dehors de l'entreprise qui a proposé le congé de mobilité et prendre soit la forme d'un contrat de travail à durée indéterminée, soit celle d'un contrat de travail à durée déterminée. Dans ce dernier cas, le congé de mobilité est suspendu et reprend à l'issue du contrat pour la durée restant à courir.

En outre, le congé de mobilité est subordonné à la conclusion d'un accord collectif qui doit notamment fixer, outre la durée de ce congé, les engagements des parties, les modalités d'accompagnement des actions de formation envisagées, le niveau de la rémunération qui sera versée pendant la période excédant le préavis, ainsi que les indemnités de rupture garanties au salarié, lesquelles ne pourront être inférieures aux indemnités légales et conventionnelles afférentes au licenciement pour motif économique.

B. Selon les requérants: « Cet article, présenté comme favorable aux salariés, constitue en réalité une atteinte caractérisée au droit à l'emploi, dans la mesure où il les prive de nombreuses garanties et de protections inhérentes à la situation de licenciement économique. » Ils estimaient, en particulier, qu'il permettrait aux entreprises de se dispenser de leurs obligations en matière de congé de reclassement. Ils ajoutaient que « de telles atteintes au droit à l'emploi sont d'autant plus graves, que le législateur est resté très imprécis sur de nombreux points ».

C. Aux termes du cinquième alinéa du Préambule de 1946: « Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi... ». À ceux de l'article 34 de la Constitution: « La loi détermine les principes fondamentaux... du droit du travail. »

Dès lors, il appartient au législateur, dans l'exercice de sa compétence, de poser des règles propres à assurer au mieux, conformément au cinquième alinéa du Préambule de 1946, « le droit pour chacun d'obtenir un emploi, tout en ouvrant le bénéfice de ce droit au plus grand nombre »<sup>51</sup>.

1) Le droit au reclassement de salariés menacés de licenciement est, pour le législateur, une modalité de mise en œuvre des dispositions constitutionnelles précitées<sup>52</sup>.

Or le congé de mobilité a précisément pour objet, selon les termes mêmes du deuxième alinéa du nouvel article L. 320-2-1 du code du travail, « de favoriser le retour à un emploi stable par des mesures d'accompagnement, des actions de formation et des périodes de travail ».

Sa finalité est de prévenir, en amont d'un plan de sauvegarde de l'emploi, les licenciements économiques qui interviendraient en cas d'aggravation des difficultés de l'entreprise.

Si le nouvel article L. 320-2-1 dispose, en son cinquième alinéa, que « l'acceptation par le salarié de la proposition de congé de mobilité emporte rupture du contrat de travail d'un commun accord des parties à l'issue du congé », l'échec du congé de mobilité parvenu à son terme ne privera l'intéressé ni des indemnités de rupture du contrat de travail, ni de la couverture contre le chômage dont bénéficie le salarié licencié pour motif économique.

En effet, la rupture du contrat de travail du salarié à l'issue du congé de mobilité est une rupture pour motif économique. Or, le deuxième alinéa de l'article L. 321-1 du code du travail précise que les dispositions relatives aux licenciements pour motif économique sont applicables à toute rupture du contrat de travail pour motif économique. À ce titre, ils sont éligibles au régime d'assurance chômage et ne sont pas considérés comme démissionnaires.

Eu égard à l'économie générale du dispositif critiqué, le congé de mobilité, loin de porter atteinte au droit à l'emploi, le met en œuvre sans le mettre en cause.

2) Sans doute le congé de mobilité dispense-t-il l'employeur de l'obligation de proposer au salarié concerné le bénéfice du congé de reclassement prévue à l'article L. 321-4-3.

Toutefois, ce nouveau dispositif est destiné à prévenir des difficultés futures et à éviter de prononcer ultérieurement des licenciements économiques.

À la différence du congé de reclassement, le congé de mobilité intervient en dehors d'une procédure de licenciement économique. Le salarié n'en bénéficie pas moins des mêmes protections.

En outre, son ouverture est subordonnée à un accord collectif et à l'acceptation par le salarié de la proposition qui lui est faite.

Dans ces conditions, le signataire du congé de mobilité ne se trouve pas dans une situation dégradée par rapport à celui qui fait l'objet du congé de reclassement prévu à l'article L. 321-4-3 du code du travail.

3) Enfin, les dispositions contestées sont suffisamment précises pour répondre aux exigences de l'article 34 de la Constitution.

En conclusion, l'article 48 n'est contraire ni aux prescriptions constitutionnelles relatives « au droit pour chacun d'obtenir un emploi », ni au principe d'égalité, ni à l'obligation pour le législateur de ne pas rester en deçà de sa compétence.

### *III. L'article 51*

L'article 51 de la loi déferée modifie les articles L. 514-1 et L. 51-10-2 du code du travail.

A. Il a pour principal objet de renvoyer au pouvoir réglementaire (décret en Conseil d'État et décret simple) le soin de fixer:

- la liste des activités juridictionnelles des salariés prud'hommes entraînant obligation, pour leur employeur, de les laisser quitter l'entreprise pendant le temps de travail;
- les conditions d'indemnisation des activités prud'homales.

Il prévoit également qu'un décret fixera les limites de distance applicables au remboursement des frais de déplacement des conseillers prud'hommes.

Les salariés conseillers prud'hommes et membres du collège « salariés » ont droit <sup>53</sup>:

- à des autorisations d'absence de la part de leurs employeurs pour exercer leurs fonctions prud'homales pendant les heures de travail;
- à l'assimilation de ce temps d'absence à du travail effectif;
- au maintien intégral de leur salaire ainsi que des avantages sociaux;
- à des vacances au taux simple (environ 6 #) en dehors des heures de travail.

Les employeurs sont remboursés par l'État des salaires, avantages et charges sociales.

Dorénavant, ce sera un décret en Conseil d'État qui déterminera les activités prud'homales bénéficiant de ces mesures.

Sur cette base, un décret simple fixera les modalités d'indemnisation des conseillers prud'hommes en fonction de leur temps réel d'activité.

B. Les griefs présentés par les requérants contre l'article 51 se bornaient à soutenir:

- que cet article était contraire à l'article 64 de la Constitution qui garantit l'indépendance de l'autorité judiciaire;
- qu'il rompait l'égalité entre juges professionnels et conseillers prud'hommes;
- que ses futurs décrets d'application (dont les projets ont été soumis au Conseil de la prud'homie) étaient inconstitutionnels.

- 1) Le premier grief a été écarté au motif que les conseillers prud'hommes ne font pas partie du corps judiciaire régi par le statut des magistrats pris en application de l'article 64 de la Constitution.
- 2) Le grief, tiré d'une rupture d'égalité, méconnaissait que les salariés conseillers prud'hommes, qui exercent leurs fonctions à temps partiel et pour une durée déterminée dans une juridiction spécialisée, ne sont pas dans la même situation que les magistrats de carrière dont le statut est régi par une loi organique prise sur le fondement de l'article 64 de la Constitution.
- 3) Quant au troisième grief, il était évidemment inopérant à prendre à la lettre, puisque dirigé contre de futures mesures réglementaires d'application.

Toutefois, ce grief invoquait implicitement l'incompétence négative qui entacherait l'article attaqué. Ainsi requalifié, il était recevable, mais infondé.

Le législateur n'est pas resté en deçà de sa compétence en la matière, étant rappelé que:

- lorsqu'on est en présence d'un principe fondamental, il appartient au pouvoir réglementaire de le mettre en œuvre;
- lorsqu'on est en présence d'une règle que la loi doit déterminer, il appartient au pouvoir réglementaire d'en prendre les mesures d'application.

Le législateur n'a pas remis en cause « les principes fondamentaux... du droit du travail ». Il n'a renvoyé au pouvoir réglementaire que la détermination de la liste précise des activités prud'homales donnant lieu à décharge et indemnisation.

Il n'a pas non plus mis en cause des règles concernant « la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats ».

Le principe de l'indemnisation des conseillers du collège employeurs, des non salariés ou, en dehors de leurs heures de travail, des salariés est fixé par la loi.

L'article L. 51-10-2, dans sa nouvelle rédaction, renvoie au décret le soin de fixer les conditions de l'indemnisation des activités prud'homales (lesquelles seront définies par le décret en Conseil d'État pris en vertu du nouvel article L. 514-1).

Il ne s'agit là que de prendre les mesures d'application de la règle d'indemnisation.

Si les conseils de prud'hommes constituent un ordre de juridiction au sens de l'article 34 de la Constitution et si, par suite, leurs règles constitutives relèvent de la compétence du législateur<sup>54</sup>, les dispositions renvoyées au décret par l'article 51 ne peuvent être regardées comme de telles règles.

En jugeant de la sorte, le Conseil constitutionnel a confirmé une jurisprudence déjà appliquée:

- à la Cour supérieure d'arbitrage<sup>55</sup>,
- aux magistrats des cours d'appel et des tribunaux de grande instance<sup>56</sup> ou de la Cour de cassation<sup>57</sup> maintenus en activité,
- aux magistrats exerçant à titre temporaire<sup>58</sup>,
- aux juges de proximité<sup>59</sup>.

De son côté, le Conseil d'État a jugé qu'un décret peut conférer aux chefs de cour le soin de fixer le taux individuel de la prime modulable qu'il institue<sup>60</sup>.

Il reste que, si l'article 37 de la Constitution place certaines matières en dehors du domaine de la loi, il n'a pas pour effet de dispenser le pouvoir réglementaire du respect des exigences constitutionnelles.

En l'espèce, ces exigences, que le pouvoir réglementaire devra concilier, sont au nombre de trois:

- impartialité et indépendance des juridictions et de leurs membres, garanties par l'article 16 de la Déclaration de 1789 <sup>61</sup>;
- bon emploi des deniers publics, qui découle des articles 14 (« Tous les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée ») et 15 (« La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration ») de la Déclaration de 1789 <sup>62</sup>;
- bonne administration de la justice, souvent invoquée par le Conseil constitutionnel <sup>63</sup> sans qu'il ait cité jusqu'ici sa base textuelle, laquelle se trouve dans les deux mêmes articles de la Déclaration.

#### *IV. L'article 54*

C'est sans doute la disposition qui faisait l'objet des griefs les plus délicats de la part des requérants.

On examinera successivement la genèse de cet article (A), sa portée (B), les griefs dirigés contre lui (C) et la réponse qui leur a été faite (D).

##### **A. Genèse de l'article 54**

L'article 54 figurait en substance dans le projet de loi.

Il reprenait une mesure adoptée dans le cadre du projet de loi pour l'égalité des chances, ayant pour origine un amendement des députés Dominique Tian et Maurice Giro, mais censurée par le Conseil constitutionnel pour une raison de procédure. Il s'agissait en effet d'un amendement dépourvu de tout lien avec le texte du projet de loi <sup>64</sup>.

Selon l'exposé des motifs, il « vise à clarifier les modalités de prise en compte des salariés des entreprises extérieures, en excluant du décompte des effectifs de l'entreprise d'accueil les salariés qui interviennent en exécution d'un contrat de sous-traitance. Par cohérence, il est nécessaire de compléter deux autres articles du code du travail, les articles L. 432-7 et L. 433-4, qui traitent de l'électorat, en précisant que seuls les salariés de l'entreprise d'accueil doivent être pris en compte comme électeurs pour les élections professionnelles qui se déroulent dans l'entreprise d'accueil ».

Par cette mesure, le législateur a entendu corriger une jurisprudence, décrite comme trop complexe, de la Cour de cassation et éviter la multiplication des cas de double décompte (un même salarié étant compté à la fois dans les effectifs de l'entreprise qui l'emploie et dans ceux de l'entreprise d'accueil).

La commission compétente a pourtant proposé à l'Assemblée nationale (qui l'a suivie) de disjoindre l'article 54.

Au Sénat, l'article 54 a été rétabli, mais en faisant exception à la règle uniforme de décompte des effectifs pour ce qui est de l'obligation de créer un comité d'hygiène et de sécurité: la conception extensive continuerait donc de s'imposer en cette matière.

Dès lors, l'article 54 définitivement voté se lit comme suit:

« I. – Le troisième alinéa de l'article L. 620-10 du code du travail est complété par une phrase ainsi rédigée:

“Les salariés intervenant dans l'entreprise en exécution d'un contrat de sous-traitance ou de prestation de services ne sont pris en compte dans l'effectif de l'entreprise que pour l'application du premier alinéa de l'article L. 236-1.”

II. – Dans les articles L. 423-7 et L. 433-4 du même code, les mots: “Sont électeurs les salariés” sont remplacés par les mots: “Sont électeurs dans l'entreprise ses salariés”. »

Les articles L. 236-1, L. 423-7 et L. 433-4 du code du travail se rapportent respectivement:

- aux comités d'hygiène et de sécurité,
- à l'électorat pour la désignation des délégués du personnel,
- à l'électorat pour la désignation des représentants des salariés aux comités d'entreprise.

#### B. Portée de l'article 54

On ne peut apprécier la portée de l'article 54 (2) sans rappeler au préalable la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de décompte des effectifs de l'entreprise et de détermination du corps électoral appelé à désigner les représentants des salariés dans les institutions représentatives du personnel (1).

1) Les fondements de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation ont été exposés par M. Sargos, président de cette chambre, dans le rapport de la Cour de cassation pour l'année 2004 sous un titre particulièrement évocateur: « La recherche de la vérité de la communauté de travail en matière de représentation sociale dans l'entreprise. »

Les enjeux du contentieux de la représentation sociale de l'entreprise, tels que les présente M. Sargos, font ressortir l'importance de l'article 54:

« Le contentieux de la représentation sociale [...] dans l'entreprise, qu'il s'agisse de la représentation directe du personnel par l'élection ou de sa représentation indirecte par la désignation syndicale, est sans doute l'un des plus emblématiques du droit du travail car il met en jeu l'exigence constitutionnelle de participation des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail et à la gestion de leur entreprise (al. 8 du Préambule de la Constitution du 27 oct. 1946). Ce contentieux, qui révèle souvent d'intenses conflits de pouvoir et de savoir dans l'entreprise, met en particulier en lumière la notion cardinale de communauté de travail qui doit s'exprimer à travers sa représentation sociale. Il importe donc que cette communauté de travail corresponde à une réalité allant au delà de constructions juridiques abstraites ou artificielles. »

Bien des décisions de la Cour s'expliquent ainsi « par l'idée que la communauté de travail doit pouvoir fonctionner et s'exprimer efficacement, simplement et de façon transparente, et qu'en particulier des obstacles injustifiés à son regroupement effectif et à ceux qui sont ses porte-parole auprès de l'employeur doivent être éradiqués »<sup>65</sup>.

La Cour de cassation a donc imposé la prise en compte:

- des démonstrateurs de produits d'une société dans un grand magasin, qui, « étant intégrés dans la communauté des travailleurs salariés et dans l'entité du grand magasin y sont électeurs et éligibles et en cette qualité peuvent être désignés représentants syndicaux au comité d'entreprise »<sup>66</sup>;
- des salariés mis à disposition de l'entreprise par des sociétés extérieures prestataires de services, pour les élections de délégués du personnel et membres du comité d'établissement;

Cette dernière solution résulte de deux arrêts du 26 mai 2004 <sup>67</sup> qui ont décidé que « les salariés mis à disposition pris en compte au prorata de leur temps de présence pour le calcul de l'effectif de l'entreprise pour les élections professionnelles, sont ceux qui participent aux activités nécessaires au fonctionnement de l'entreprise utilisatrice », le premier arrêt ajoutant que « cette participation n'est pas restreinte au seul métier de l'entreprise ou à la seule activité principale de celle-ci ».

2) Cette jurisprudence étant rappelée, il est possible d'apprécier l'incidence des dispositions contestées.

a) Le I de l'article 54 modifiait les règles de décompte des effectifs des entreprises, définies à l'article L. 620-10 du code du travail.

Issu de l'ordonnance de simplification n° 2004-602 du 24 juin 2004, l'article L. 620-10 du code du travail définit, pour l'ensemble des seuils fixés dans le code du travail, les conditions de décompte des effectifs. Il unifie les règles applicables en mettant fin aux disparités préexistantes résultant de dispositions antérieurement réparties entre diverses parties du code, mais inspirées par la même considération générale (proportionner les obligations d'une entreprise à sa taille).

L'application de nombreuses dispositions du code du travail est en effet subordonnée à une condition d'effectifs (mise en place des institutions représentatives du personnel, caractère obligatoire de la participation, assujettissement au versement transport ou au « 1 % logement », obligation d'emploi de personnes handicapées, procédure applicable aux licenciements collectifs...).

En vertu de la rédaction en vigueur de l'article L. 620-10 du code du travail, doivent être pris en compte dans les effectifs de l'entreprise, outre les salariés en contrat à durée indéterminée, les salariés en contrat à durée déterminée, les salariés titulaires d'un contrat de travail intermittent, ainsi que les salariés mis à disposition par une entreprise extérieure, y compris les intérimaires, au prorata de leur temps de présence dans l'entreprise au cours des douze derniers mois.

Le rapport sénatorial a considéré que la jurisprudence de la Cour de cassation ci-dessus exposée « conduit à multiplier les cas de double décompte: un même salarié est compté dans les effectifs de l'entreprise qui l'emploie et dans les effectifs de l'entreprise d'accueil. La mesure ici proposée consiste à restreindre le champ des salariés mis à disposition devant être retenus pour le calcul des effectifs de l'entreprise, en excluant les salariés mis à disposition dans le cadre d'un contrat de sous-traitance ou de prestation de service ».

Dès lors, le Parlement s'est prononcé pour la non prise en compte dans l'effectif (sauf pour l'obligation d'instituer un comité d'hygiène et de sécurité) des salariés intervenant dans l'entreprise « en exécution d'un contrat de sous-traitance ou de prestation de services ».

À cet effet, le I de l'article 54 modifiait les règles de calcul de l'effectif d'une entreprise définies à l'article L. 620-10 du code du travail.

Il complétait le troisième alinéa de cet article par la phrase suivante:

« Les salariés intervenant dans l'entreprise en exécution d'un contrat de sous-traitance ou de prestation de service ne sont pris en compte dans l'effectif de l'entreprise que pour l'application du premier alinéa de l'article L. 236-1. »

En revanche, la référence faite au premier alinéa de l'article L. 236-1 avait pour effet d'imposer la prise en compte de ces salariés pour apprécier le seuil d'« au moins cinquante salariés » qui détermine la constitution des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT).

b) Le paragraphe II de l'article 54 modifiait les articles L. 423-7 et L. 433-4 du code du travail, qui fixent les conditions à remplir pour élire, respectivement, les délégués du personnel et les représentants des salariés au comité d'entreprise.

Les conditions fixées par ces deux articles sont les mêmes: sont électeurs les salariés âgés de plus de seize ans, ayant travaillé au moins trois mois dans l'entreprise et n'ayant pas été condamnés pour certains délits visés par le code électoral.

Comme en matière de décompte des effectifs, c'est la définition de la notion de « salarié de l'entreprise » qui soulève des difficultés.

Sur ce point également, le rapport sénatorial a estimé que les solutions jurisprudentielles étaient trop complexes et trop instables: « Cette jurisprudence est source de complexité pour les entreprises, qui peuvent avoir du mal à apprécier si les salariés qu'elles accueillent sont véritablement intégrés à leur communauté de travail. Elle les oblige également à définir, le cas échéant, un corps électoral différent selon les types de scrutins. Elle conduit enfin à des situations fréquentes de double vote. »

La mesure de simplification adoptée au II de l'article 54 consistait à prévoir que seront électeurs les seuls salariés de l'entreprise, c'est-à-dire les salariés liés à l'entreprise par un contrat de travail, à l'exclusion de ceux mis à disposition (qu'il s'agisse d'intérim, de sous-traitance ou de prestation de services).

#### C. Grievs dirigés contre l'article 54

Selon les requérants, l'article 54 portait atteinte au huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 selon lequel: « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises. »

Ils ajoutaient que les salariés d'entreprises sous-traitantes ou prestataires de service, qui travaillent régulièrement, voire de façon permanente, avec les salariés de l'entreprise donneuse d'ordre, le font sur les mêmes lieux et dans les mêmes conditions: « Ils appartiennent tous à la même communauté de travail. Leur droit constitutionnel de participation, par l'intermédiaire de leur délégué, à la détermination collective de leurs conditions de travail est concrètement remis en cause. »

Enfin: « En maintenant pour les dispositions relatives au comité d'hygiène, de sécurité et de condition de travail, les modalités actuelles de décompte des effectifs, le législateur souligne lui-même l'atteinte au principe constitutionnel de participation des salariés à la détermination de leurs conditions de travail. Il ne saurait y avoir au sein d'une même entreprise une représentativité des salariés à deux vitesses ou à géométrie variable. Une telle situation qui résulte immanquablement de la combinaison des dispositions de l'article 54 porte atteinte aux principes constitutionnels de participation de salariés à la gestion de l'entreprise et par voie de conséquence au principe d'égalité. »

#### D. Cette argumentation conduisait à la censure de l'article 54

1) Sans doute l'exclusion des salariés des entreprises sous-traitantes ou prestataires de services pour le décompte des effectifs déterminant les diverses obligations des entreprises relève-t-elle de la libre appréciation du législateur dans la mesure où ces obligations, ce qui est normalement le cas, ne découlent pas d'exigences constitutionnelles (tel le principe de participation).

Toutefois, les dispositions du I de l'article contesté touchaient à la participation puisque le décompte des effectifs, quoique uniformément régi par l'article L. 620-10 du code du travail, détermine si se trouve ou non atteints les seuils au-delà desquels doivent être mises en place les diverses institutions représentatives du personnel. On ne saurait dissocier de façon absolue le mode de décompte de l'effectif et la qualité d'électeur: comment justifier que soit compté dans l'effectif un travailleur exclu de l'électorat<sup>68</sup> ou réciproquement?

De plus, et surtout, il ressortait tant de l'exposé des motifs du projet de loi que des débats parlementaires que le I de l'article 54 était inséparable de son II.

Dès lors, le sort du I était lié à celui du II.

2) S'agissant de l'exclusion des salariés autres que ceux de l'entreprise pour la désignation des délégués du personnel et des représentants des travailleurs au comité d'entreprise, le II de l'article 54 violait la Constitution.

En limitant aux seuls salariés liés à l'entreprise par un contrat de travail le corps électoral appelé à désigner les délégués du personnel et les représentants des travailleurs au comité d'entreprise, le législateur a en effet méconnu les exigences combinées du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 et de l'article 34 de la Constitution de 1958.

Le II de l'article 54 méconnaissait ces exigences précisément parce que le droit de participer « par l'intermédiaire de leurs délégués » à « la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises », pour reprendre les termes du huitième alinéa du Préambule de 1946, a pour destinataires, sinon la totalité des travailleurs employés à un instant donné dans une entreprise, qu'ils en soient ou non les salariés, du moins tous ceux qui sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail que constitue cette entreprise, même s'ils n'en sont pas les salariés.

Si le législateur pouvait ne pas conférer à l'ensemble des travailleurs mis à disposition d'une entreprise la qualité d'électeur pour désigner les délégués du personnel et les représentants des salariés à son comité d'entreprise, il ne pouvait, sans méconnaître le huitième alinéa de la Constitution de 1946, limiter la composition du corps électoral aux seuls salariés ayant directement conclu un contrat de travail avec l'entreprise en cause.

Ont donc été déclarés contraires à la Constitution le II de l'article 54, ainsi que son I qui en était inséparable dans l'intention du législateur.

Sans doute l'article 54 contribuait-il, par sa simplicité, à une meilleure intelligibilité de la loi et à une plus grande sécurité juridique.

Toutefois:

– quelle que soit l'importance que le Conseil constitutionnel attache désormais à la sécurité juridique, dénomination moderne de la « garantie des droits » proclamée par l'article 16 de la Déclaration de 1789, et sans négliger la valeur constitutionnelle reconnue depuis 1999<sup>69</sup> à l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, ces exigences doivent être conciliées avec celles du huitième alinéa du Préambule de 1946;

- rien n’interdit au législateur de satisfaire simultanément aux deux séries d’exigences en fixant des critères clairs et objectifs pour définir l’électorat des délégués du personnel et des représentants des travailleurs au comité d’entreprise (de manière à assurer la sécurité juridique des entreprises) et en restreignant les situations de double vote, sans pour autant méconnaître le principe de participation au détriment de travailleurs qui, sans en être les salariés, sont néanmoins intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail d’une entreprise.

#### V. L’article 60

Issu d’un amendement parlementaire, l’article 60 était une mesure de validation relative au régime de décompte des heures supplémentaires et des repos compensateurs effectués par les personnels des entreprises de transport routier de marchandises.

On rappellera la jurisprudence applicable à la matière (A) et la portée de l’article contesté (B), avant d’examiner la constitutionnalité de ce dernier (C).

A. Si le législateur, comme lui seul est habilité à le faire, a la faculté de modifier rétroactivement les règles de droit ou de valider un acte (administratif ou de droit privé) dont une juridiction est saisie ou susceptible de l’être, c’est aux conditions – cumulatives – suivantes:

- respect du principe de la séparation des pouvoirs qui interdit de « censurer les décisions des juridictions, d’adresser à celles-ci des injonctions et de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence »<sup>70</sup>, ou de porter atteinte à des décisions de justice passées en force de chose jugée<sup>71</sup>, ou, même sous une forme détournée, de les mettre à néant<sup>72</sup>;
- poursuite d’un but d’intérêt général suffisant<sup>73</sup> qui, en particulier, ne saurait se réduire à un enjeu financier limité au regard des budgets en cause<sup>74</sup>;
- respect du principe de non-rétroactivité des peines et sanctions plus sévères, ainsi que de son corollaire qui interdit de faire renaître des prescriptions légalement acquises<sup>75</sup>;
- caractère non inconstitutionnel de l’acte validé, sauf à ce que le motif de la validation soit lui-même de rang constitutionnel<sup>76</sup>;
- définition stricte de la portée de la validation, puisque celle-ci conditionne le droit au recours, ainsi que l’étendue du contrôle de la juridiction saisie.

Cette dernière condition – décisive en l’espèce – implique que la validation soit « ciblée » et ne purge pas l’acte en cause de toutes ses illégalités possibles<sup>77</sup>.

B. Aux termes de l’article 60 de la loi déferée:

« Sous réserve des décisions de justice passées en force de chose jugée et des instances en cours à la date d’entrée en vigueur de la présente loi, sont considérés comme valides les décomptes des heures supplémentaires et des durées des repos compensateurs calculés par les employeurs des personnels des entreprises de transport routier de marchandises en application des dispositions du décret n° 2005-306 du 31 mars 2005 relatif à la durée du travail dans les entreprises de transport routier de marchandises, en tant qu’elles seraient contestées sur le fondement de l’illégalité des dispositions des articles 4 à 11 dudit décret.

Le calcul de la durée hebdomadaire du travail des personnels roulants marchandises sur une période supérieure à la semaine et pouvant être égale, au plus, à un mois est réputé valide jusqu’à la publication du décret relatif aux modalités d’application des dispositions du code du travail dans les entreprises de transport routier. »

Le 14 décembre 2006, le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution l'article 15 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2007 qui procédait à la validation rétroactive du régime d'équivalence horaire des employés des hôtels, restaurants et cafés<sup>78</sup>.

On pouvait penser *a priori* qu'il devait en être de même de la validation – à laquelle procédait l'article 60 de la loi déferée – du régime de décompte des heures supplémentaires effectuées par les personnels des entreprises de transport routier de marchandises ainsi que de celui des durées des repos compensateurs.

Il n'en était rien.

C. En dépit de nombreux points communs, ces deux validations présentent une différence majeure: leur portée est totalement différente. C'est ce qui explique que, si la première est conforme à la Constitution, la seconde ne l'est pas.

Le Conseil constitutionnel exige en effet que cette portée soit définie de façon stricte dès lors que la validation conditionne la possibilité de saisir utilement le juge compétent. Comme il a été dit ci-dessus, elle doit donc être « ciblée » et non purger l'acte en cause de toutes ses possibles illégalités.

C'est ce qui résulte de sa décision n° 99-422 DC du 21 décembre 1999<sup>79</sup> et que rappelle le considérant de principe.

En l'espèce, le Conseil d'État a annulé les articles 5, 6 et 8 du décret du 31 mars 2005 « sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens soulevés contre [ces] articles » et déclaré indivisibles de ces articles les articles 4, 7, 9, 10 et 11 du même décret.

Or l'article 60 de la loi déferée rendait insusceptible d'être invoquée devant le juge compétent l'illégalité des dispositions des articles 4 à 11 de ce décret, quelle que soit la nature de cette illégalité.

En purgeant les actes validés de toutes les illégalités entachant les articles 4 à 11 du décret (alors que le législateur aurait pu s'en tenir au défaut de consultation du Conseil d'État), la disposition critiquée méconnaissait le principe de la séparation des pouvoirs et le droit à un recours juridictionnel effectif, qui découlent tous deux de l'article 16 de la Déclaration de 1789.

L'article 60 a été déclaré contraire à la Constitution pour ce motif de fond, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la question de savoir s'il constituait en outre un « cavalier législatif ».

44. Déc. n° 86-217 DC du 18 sept. 1986, loi relative à la liberté de communication, cons. 55 à 61.

45. Article qui résulte de la loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003, portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques, sur laquelle le Conseil constitutionnel ne s'est pas prononcé.

46. Déc. n° 2004-494 DC du 29 avr. 2004, loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, cons. 7 et 8.

47. Déc. n° 2005-523 DC du 29 juill. 2005, cons. 5.

48. Déc. n° 93-328 DC du 16 déc. 1993, loi quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle, cons. 10.

49. Par ex.: déc. n° 2006-541 DC du 28 sept. 2006, cons. 9.

50. Déc. n° 2004-494 DC du 29 avr. 2004, loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, cons. 7 et 8.

51. V. encore récemment: déc. n° 2005-523 DC du 29 juill. 2005, loi en faveur des petites et moyennes entreprises, cons. 5; n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, loi pour l'égalité des chances, cons. 19.
52. V. le cons. 28 de la déc. n° 2004-509 DC du 13 janv. 2005, loi de modernisation sociale.
53. Pour leur part:
  - les salariés conseillers du collège « employeurs » ont droit non au maintien de leur salaire, mais à des vacations à taux simple ou double selon l'heure d'exercice des fonctions;
  - les non salariés (employeurs, retraités ou chômeurs) perçoivent une vacation.
54. Déc. n° 2002-461 DC du 29 août 2002, cons. 11 à 15.
55. Déc. n° 75-83 L du 17 avr. 1975.
56. Déc. n° 87-238 DC du 5 janv. 1988, cons. 1.
57. Déc. n° 86-219 DC du 22 déc. 1986, cons. 1.
58. Déc. n° 94-355 DC du 10 janv. 1995, cons. 17.
59. Déc. n° 2003-466 DC du 20 févr. 2003, cons. 25 et 29.
60. CE, 4 févr. 2005, *Syndicat de la magistrature et autre*, *Leb.* p. 33.
61. Pour la Commission de recours des réfugiés: déc. n° 2003-485 DC du 4 déc. 2003, cons. 62; pour les juges de proximité: déc. n° 2003-466 DC du 20 févr. 2003, cons. 23.
62. Déc. n° 2004-506 DC du 2 déc. 2004, cons. 33.
63. Par ex.: déc. n° 2002-461 DC du 29 août 2002, cons. 24; déc. n° 2001-451 DC du 27 nov. 2001, cons. 43 et 46.
64. Déc. n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, cons. 29 à 32.
65. M. Sargos.
66. Cass. soc., 30 avr. 2003, *Bull.* n° 153.
67. *Bull.* n° 140, p. 127 et n° 141, p. 129.
68. Ce que fait l'article 54 pour les intérimaires.
69. Déc. n° 99-421 DC du 16 déc. 1999, cons. 13.
70. Déc. n° 80-119 DC du 22 juill. 1980.
71. Déc. n° 86-223 DC du 29 déc. 1986.
72. Déc. n° 2005-531 DC du 29 déc. 2005.
73. Déc. n° 96-375 DC du 9 avr. 1996, cons. 6 à 11; déc. n° 97-393 DC du 18 déc. 1997, cons. 47 à 52, *AJDA* 1998 p. 127, § 8.
74. Déc. n° 95-369 DC du 28 déc. 1995, cons. 33 à 35; déc. n° 2004-509 DC du 13 janv. 2005, cons. 29 à 34.
75. Déc. n° 88-250 DC du 29 déc. 1988, cons. 2 à 6.
76. Déc. n° 97-390 DC du 19 nov. 1997, cons. 3, *AJDA* 1997, p. 963.
77. Déc. n° 99-422 DC du 21 déc. 1999, cons. 62 à 65.
78. Déc. n° 2006-544 DC du 14 déc. 2006, cons. 21.
79. Cons. 62 à 65.