

Commentaire

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

Société Natixis Asset Management

(Participation des salariés aux résultats de l'entreprise dans les entreprises publiques)

Le Conseil d'État a renvoyé au Conseil constitutionnel le 10 juin 2013 (décision n° 366880 du 10 juin 2013) une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par la société Natixis Asset Management portant sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit du premier alinéa de l'article 15 de l'ordonnance n° 86-1134 du 21 octobre 1986 et du premier alinéa de l'article L. 442-9 du code du travail dans sa rédaction en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004.

Dans sa décision n° 2013-336 QPC du 1^{er} août 2013, le Conseil constitutionnel a déclaré ces dispositions contraires à la Constitution.

I.– Les dispositions contestées

A.– Historique des dispositions contestées

Un dispositif de participation des salariés aux résultats de l'entreprise a été mis en place par l'ordonnance n° 67-693 du 17 août 1967 relative à la participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises. Il a ensuite été réformé par l'ordonnance n° 86-1134 du 21 octobre 1986 relative à l'intéressement et à la participation des salariés aux résultats de l'entreprise et à l'actionnariat des salariés dont l'article 7 imposait aux entreprises de plus de 100 salariés d'instituer un tel dispositif. Ce seuil a ensuite été abaissé par la loi n° 90-1002 du 7 novembre 1990 à 50 salariés, à compter de l'ouverture du premier exercice postérieur à la publication de la loi (« *toute entreprise employant habituellement au moins cinquante salariés, quelles que soient la nature de son activité et sa forme juridique, est soumise aux obligations de la présente section, destinées à garantir le droit de ses salariés à participer aux résultats de l'entreprise* »).

L'article 9 de l'ordonnance du 17 août 1967 conditionnait déjà la soumission des entreprises publiques à ce dispositif à la condition qu'elles figurent sur une liste fixée par décret. Un décret du 21 mars 1969¹ avait donné une définition précise

¹ Décret n° 69-255 du 21 mars 1969 fixant les conditions d'application aux entreprises publiques et sociétés nationales de l'ordonnance n° 67-693 du 17 août 1967 relative à la participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises.

des entreprises « réputées » publiques, à savoir les établissements publics à caractère industriel et commercial, les entreprises nationalisées et les sociétés dans lesquelles l'État ou d'autres personnes morales de droit public détiennent, séparément ou ensemble, plus de la moitié du capital ainsi que les filiales dans lesquelles ces sociétés détiennent, séparément, ensemble ou conjointement avec d'autres personnes morales de droit public plus de la moitié du capital.

L'article 15 de l'ordonnance du 21 octobre 1986 a repris la dérogation à l'obligation d'instaurer un dispositif de participation au profit des entreprises publiques et sociétés nationales. Il renvoie à un décret en Conseil d'État le soin de déterminer les entreprises publiques et sociétés nationales soumises par exception à cette obligation. Un décret du 26 novembre 1987² désigne les établissements publics et entreprises nationales qui par exception sont soumis au droit commun de la participation des salariés, actuellement une quinzaine de grandes entreprises publiques (Aéroport de Paris, Banque de France, CNP Assurances SA, GIAT industries, SNPE, Air France, sociétés d'autoroute...)³. Toutefois, à la différence du décret précité du 21 mars 1969, il ne donne pas de définition des entreprises « réputées publiques ». Il prévoit en effet que sont soumises les entreprises publiques dont il fixe la liste ainsi que les entreprises publiques et sociétés nationales dont une ou plusieurs entreprises publiques ou sociétés nationales inscrites sur la liste détiennent plus de la moitié du capital.

Les dispositions relatives à la participation ont ensuite été codifiées dans le code du travail, par la loi n° 94-640 du 25 juillet 1994, l'article 15 de l'ordonnance du 21 octobre 1986 devenant l'article L. 442-9 du code du travail.

La chambre sociale de la Cour de cassation, par un arrêt du 6 juin 2000, *Hôtel Frantour Paris-Berthier* (n° 98-20304), a jugé qu'il était exclu qu'une entreprise privée ayant pour objet une activité purement commerciale puisse être considérée comme une entreprise publique au sens de l'ordonnance de 1986, quelle que soit l'origine de son capital : « l'article 7 de l'ordonnance du 21 octobre 1986, énonce un principe d'assujettissement général à la participation obligatoire aux résultats de l'entreprise ; [...] les dispositions du décret du 26 novembre 1987 ne posent de conditions particulières à l'assujettissement obligatoire, que pour les entreprises publiques et les sociétés nationales, et distinguent celles qui figurent sur la liste de l'article 4 ou dont plus de la moitié du capital est détenu par l'une de celles-ci, et celles qui ne remplissent pas ces conditions, les premières étant assujetties de plein droit, les dernières pouvant l'être sur autorisation ministérielle ; [...] il en résulte qu'une personne de droit privé, ayant pour objet une activité purement commerciale qui

² Décret déterminant les établissements publics et entreprises publiques soumis aux dispositions concernant la participation de l'ordonnance n° 86-1134 du 21 octobre 1986 relative à l'intéressement et à la participation des salariés aux résultats de l'entreprise et à l'actionnariat des salariés, ainsi que les conditions dans lesquelles les dispositions de cette ordonnance leur sont applicables.

³ À l'origine, la liste comprenait 56 entreprises, et notamment l'ensemble des établissements bancaires.

n'est ni une entreprise publique ni une société nationale peu important l'origine du capital, n'entre pas dans le champ d'application du décret et doit être soumise aux dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 21 octobre 1986 ». Cette jurisprudence a été confirmée en 2011 au moins à deux reprises (arrêts n° 09-72281 du 29 juin 2011 et n° 09-67786 du 8 novembre 2011).

En conséquence de cette jurisprudence, les entreprises commerciales sont soumises de plein droit à l'obligation d'instituer un dispositif de participation, même si leur capital est majoritairement détenu par une personne publique.

Cette conception s'écarte de la définition adoptée par le Conseil d'État (CE, Ass., 24 novembre 1978, *Syndicat national du personnel de l'énergie atomique (CFDT) et Schwartz*⁴), mais aussi par la Cour de cassation elle-même dans un arrêt de la première chambre civile du 3 mai 1988 (*Renault c/ Société Verte Campagne Sovercam*⁵ : une entreprise du « secteur public » est « une entreprise dans laquelle la personne publique propriétaire détient plus de la moitié du capital social ») ou dans un arrêt de la chambre sociale du 2 décembre 1998⁶. Cette définition admise jusqu'alors par la jurisprudence et par la doctrine identifie ainsi l'entreprise publique comme toute entreprise dont la majorité du capital social appartient à une personne publique, qui contrôle par ailleurs plus de la moitié des sièges du conseil d'administration. L'arrêt d'Assemblée du Conseil d'État du 22 décembre 1982 (*Comité central d'entreprise de la société française d'équipement pour la navigation aérienne*)⁷ confirme cette interprétation car le Conseil d'État se borne à constater le contrôle majoritaire par l'État du capital social. De même, la directive n° 80/723 du 25 juin 1980, modifiée par la directive n° 85/413 du 24 juillet 1985, relative à la transparence des relations financières entre les États et les entreprises, précise dans son article 2 que la notion d'entreprise publique correspond à « toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante, du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent ». Ainsi il apparaît que, quelle que soit leur forme juridique (établissement public ou société anonyme), « les entreprises publiques sont soumises au contrôle qu'exerce l'État, soit sur leur capital soit sur leurs organes de gestion »⁸. La nature de l'activité de l'entreprise est donc indifférente pour sa qualification.

Pour certains, « la position de la Cour de cassation dans son arrêt du 6 juin 2000 ne pouvait que surprendre et était porteuse d'insécurité juridique. En effet, sur le fondement des dispositions précitées, les entreprises dont le capital relevait directement ou indirectement d'une entreprise publique pouvaient,

⁴ N° 02020 ; 02150 ; 02853 ; 02882.

⁵ N° 86-13931.

⁶ N° 97-10458.

⁷ N° 34252.

⁸ J.-D. Dreyfus, « Entreprises du secteur public », *Répertoire de droit commercial*, septembre 2009.

jusqu'à cette décision, légitimement penser qu'elles ne relèveraient du droit à participation que si elles étaient inscrites dans le décret de 1987 ou si elles avaient reçu agrément. Or l'arrêt rendu par la chambre sociale bouleversait cette position et ouvrait " la boîte de Pandore " du droit à participation à de nombreux salariés sur une période rétroactive d'en théorie 30 ans, la prescription de droit commun étant de rigueur en la matière... »⁹.

Selon d'autres, en revanche : « Les filiales d'entreprises publiques ne sont pas des entreprises publiques lorsque, constituées en personnes morales de droit privé, elles ont une activité purement commerciale, peu important l'origine de leur capital. Il en résulte qu'elles sont assujetties au droit commun, et non aux dispositions spécifiques concernant les entreprises publiques, en matière de participation des salariés aux résultats de l'entreprise. Cette solution ne surprend pas, même si la notion d'entreprise publique est loin d'être claire en droit positif »¹⁰.

L'article 85 de la loi n° 2004-1484 du 30 décembre 2004 de finances pour 2005 a tenté de remédier à cette difficulté en remplaçant, dans le premier alinéa de l'article L. 442-9 du code du travail, les mots « *entreprises publiques et sociétés nationales* » par la définition suivante : « *les établissements publics de l'État à caractère industriel et commercial et les sociétés, groupements ou personnes morales, quel que soit leur statut juridique, dont plus de la moitié du capital est détenue, directement ou indirectement, ensemble ou séparément, par l'État et ses établissements publics* ».

L'article 85 de la loi de finances pour 2005 ne s'est pas contenté de donner une nouvelle rédaction du premier alinéa de l'article L. 442-9 du code du travail précisant la notion d'entreprise publique. Il a ajouté un paragraphe II à cet article qui dispose : « *Les dispositions du présent chapitre sont applicables aux sociétés, groupements ou personnes morales quel que soit leur statut juridique, dont plus de la moitié du capital est détenue, ensemble ou séparément, indirectement par l'État et directement ou indirectement par ses établissements publics, à l'exception de celles et ceux qui bénéficient de subventions d'exploitation, sont en situation de monopole ou soumis à des prix réglementés. Toutefois, ces dispositions ne sont pas applicables aux exercices antérieurs à l'exercice suivant l'entrée en vigueur du présent alinéa pour les sociétés, groupements ou personnes morales quel que soit leur statut juridique, dont plus de la moitié du capital est détenue, ensemble ou séparément, indirectement par l'État et directement ou indirectement par ses établissements publics, à l'exception de celles et ceux pour lesquels ces dispositions s'appliquaient en*

⁹ J. d'Aleman, « Le droit à participation des salariés dans les entreprises publiques », *La Semaine Juridique, Social*, n° 21, 15 novembre 2005, p. 1330.

¹⁰ J. Savatier, *Droit Social*, n° 11, novembre 2000, p. 1023.

vertu du décret n° 87-948 du 26 novembre 1987 dans sa rédaction antérieure à l'entrée en vigueur du présent alinéa. »

Ainsi, comme il a pu être souligné : « *après avoir réaffirmé le principe d'exclusion des entreprises publiques du régime de droit commun de la participation, le législateur énonce que celui-ci ne doit pas concerner celles qui évoluent dans le secteur concurrentiel. Il s'agit là d'une évolution législative créatrice d'un nouveau droit, directement inspirée de la jurisprudence Frantour* »¹¹.

Plus précisément, dans la rédaction résultant de la loi de finances pour 2005, sont inclus dans le dispositif de participation les établissements publics, les sociétés indirectement détenues par l'État et les autres sociétés dont plus de la moitié du capital social est détenu directement ou indirectement par ses établissements publics à la condition qu'ils évoluent dans le secteur concurrentiel. Cette inclusion est toutefois limitée aux exercices suivant l'entrée en vigueur de la loi de finances pour 2005, tandis que pour les exercices antérieurs, seuls ceux de ces établissements ou celles de ces sociétés qui figuraient dans la liste établie par le décret du 26 novembre 1987 sont soumis à une obligation d'instauration d'un dispositif de participation.

Dans les arrêts du 29 juin et du 8 novembre 2011 précités, la Cour de cassation a toutefois jugé que les modifications de l'article L. 442-9 du code du travail intervenues le 30 décembre 2004 n'avaient pas de caractère rétroactif ou interprétatif. Le premier de ces arrêts juge notamment : « *il ne résultait ni de la loi ni des débats parlementaires que le législateur ait entendu conférer à l'article 85 de la loi n° 2004-1484 [du 30 décembre 2004] un caractère interprétatif et rétroactif* ».

B. – Origine de la QPC et question posée

* La société CDC Gestion (ancienne dénomination de la société Natixis Asset Management) a été créée le 25 avril 1994 par filialisation des activités de gestion de compte de tiers de la Caisse des dépôts et consignations. Détenue majoritairement par une personne publique, et ne figurant pas sur la liste prévue par le décret du 26 novembre 1987, cette société n'a pas versé de participation aux salariés entre 1989 (année où les effectifs atteignirent 100 salariés) et 2001 (année de mise en place du dispositif de participation). Sur le fondement de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation *Frantour*, 187 salariés de la société CDC Gestion ont assigné le 5 janvier 2012 la société Natixis Asset Management devant le tribunal de grande instance de Paris afin de voir reconnaître leur droit à la participation aux résultats de l'entreprise pour la

¹¹ J. d'Aleman, *ibid.*

période 1989-2001. Si le tribunal faisait droit à cette demande, la société Natixis Asset Management pourrait être obligée de reconstituer un dispositif de participation pour le passé, ce qui devrait lui coûter près de 10 millions d'euros. Estimant que le décret de 1987 aurait dû définir la notion d'entreprise publique, et souhaitant obtenir une indemnisation du préjudice résultant, selon elle, de l'incompétence négative du pouvoir réglementaire, elle a formé un recours en responsabilité contre l'État devant le tribunal administratif. C'est à l'occasion de ce litige que la QPC a été transmise au Conseil d'État.

La société conteste le caractère rétroactif de l'interprétation de la Cour de cassation, qui aurait, en raison de sa tardiveté, porté une atteinte excessive et injustifiée à des situations légalement acquises, en empêchant les entreprises concernées d'intégrer dans leurs prix et de provisionner dans leurs charges les coûts afférents à la participation dès 1987. Cette rétroactivité aurait également induit une discrimination injustifiée entre ces entreprises et les entreprises publiques qui étaient expressément soumises à ces dispositions depuis l'origine.

Ainsi l'article 15 de l'ordonnance n° 86-1134 du 21 octobre 1986, ensuite codifié à l'article L. 442-9 du code du travail, et tel qu'interprété par la Cour de cassation, serait contraire :

- au droit au respect des situations légalement acquises (article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789) ;
- aux principes d'égalité devant la loi et les charges publiques (articles 6 et 13 de la Déclaration de 1789).

Le Conseil constitutionnel a également soulevé d'office le grief tiré de ce qu'en ne définissant pas la notion d'entreprise publique, les dispositions contestées méconnaîtraient l'étendue de la compétence du législateur dans des conditions qui affectent la liberté d'entreprendre et le droit de propriété.

II. – Examen de constitutionnalité des dispositions contestées

La QPC renvoyée portait sur le premier alinéa de l'article 15 de l'ordonnance du 21 octobre 1986 qui est devenu le premier alinéa de l'article L. 442-9 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la modification introduite par la loi de finances pour 2005 du 30 décembre 2004.

La question posée en l'espèce portait également sur l'interprétation donnée par la Cour de cassation aux dispositions législatives en cause. Le Conseil constitutionnel juge qu'une question prioritaire de constitutionnalité peut porter

sur l'interprétation de la loi par une juridiction : « *en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition* » (décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B. - Adoption au sein d'un couple non marié* ; décision n° 2010-52 QPC du 14 octobre 2010, *Compagnie agricole de la Crau - Imposition due par une société agricole*). Dans ces décisions, le Conseil constitutionnel s'est inspiré de l'arrêt de la Cour constitutionnelle italienne n° 3 de 1956 et selon lequel la Cour doit prendre en juste considération « *l'interprétation jurisprudentielle constante qui confère au principe législatif sa valeur effective dans la vie juridique s'il est vrai – et cela est vrai – que les normes ne sont pas telles qu'elles apparaissent fixées dans l'abstrait, mais telles qu'elles sont appliquées dans l'œuvre quotidienne du juge qui s'attache à les rendre concrètes et efficaces* »¹².

En effet, si la création de la QPC a institué un contrôle *a posteriori* abstrait des dispositions législatives, elle a reconnu aux justiciables le droit de contester la constitutionnalité d'une disposition législative « *applicable au litige* ». Ainsi, le justiciable ne s'est pas vu reconnaître le droit de contester une norme dans une abstraction théorique qui serait distincte de l'application qui est susceptible d'en être faite dans le litige où il est partie : le requérant qui pose une QPC a le droit que soit examinée la constitutionnalité d'une disposition législative telle qu'elle est appliquée, c'est-à-dire compte tenu de la portée effective que lui confère une interprétation jurisprudentielle constante.

La chambre sociale de la Cour de cassation ayant confirmé en 2011 sa jurisprudence *Frantour* de 2000, il pouvait s'en déduire qu'il s'agit d'une jurisprudence constante. Le Conseil constitutionnel a donc estimé que le contrôle de constitutionnalité des dispositions contestées portait sur l'article 15 de l'ordonnance, devenu l'article L. 442-9 du code du travail, compte tenu de la portée que la Cour de cassation a conférée à ces dispositions.

A. – Le grief tiré de l'atteinte aux situations légalement acquises

1. La jurisprudence

Pour le Conseil constitutionnel, « *il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions ; [...] ce faisant, il ne saurait toutefois priver de garanties légales des exigences constitutionnelles ; [...] en particulier, il méconnaîtrait la garantie des droits proclamés par l'article 16 de la Déclaration de 1789 s'il portait aux situations*

¹² Corte costituzionale, Sentenza 15 Giugno 1956, 3/1956, § 6.

légalement acquises une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant »¹³.

Toutefois le Conseil constitutionnel ne s'est jamais prononcé sur l'atteinte aux situations légalement acquises qui pourrait résulter de la rétroactivité d'une interprétation jurisprudentielle.

Sur cette question, la Cour européenne des droits de l'homme juge que « *les exigences de la sécurité juridique et de protection de la confiance légitime des justiciables ne consacrent pas de droit acquis à une jurisprudence constante* » (CEDH 18 décembre 2008, *Unédic c/ France*). Dans l'arrêt du 26 mai 2011, *Legrand c/ France*, la Cour juge qu'un arrêt de la Cour de cassation « *n'a pas eu pour effet de priver, même rétroactivement, les requérants de leur droit d'accès à un tribunal* », et qu'il n'y a donc pas violation de l'article 6 § 1 de la Convention sur le droit au procès équitable. Il en va autrement si une sanction pénale est fondée sur un « *changement de cap jurisprudentiel imprévisible* »¹⁴, ce qui est alors contraire à l'article 7 de la Convention prohibant les lois pénales rétroactives (CEDH 10 octobre 2006, *Pessino c/ France* : « *même en tant que professionnel qui pouvait s'entourer de conseils de juristes, il était difficile, voire impossible pour le requérant de prévoir le revirement de jurisprudence de la Cour de cassation et donc de savoir qu'au moment où il les a commis, ses actes pouvaient entraîner une sanction pénale* »). Ainsi dans les autres cas, la Cour européenne estime qu'il ne lui appartient pas de se prononcer sur les choix du juge interne d'opérer un revirement.

Les juridictions ont d'ailleurs tenté de limiter les conséquences de la rétroactivité de leur jurisprudence grâce à une modulation des effets de leurs décisions. Ainsi, le Conseil d'État dans son arrêt d'Assemblée du 11 mai 2004, *Association AC !* s'est reconnu le pouvoir de moduler dans le temps non pas la portée de sa jurisprudence mais les effets dans le temps d'une annulation. Dans cet arrêt, il juge ainsi que « *l'annulation d'un acte administratif implique en principe que cet acte est réputé n'être jamais intervenu* », mais « *que, toutefois, s'il apparaît que cet effet rétroactif de l'annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets, il appartient au juge administratif [...] de prendre en considération, d'une part, les conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les divers intérêts publics ou privés en présence et, d'autre part, les inconvénients que présenterait, au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un*

¹³ Décision n° 2010-102 QPC du 11 février 2011, *M. Pierre L. (Monopole des courtiers interprètes et conducteurs de navires)*.

¹⁴ K. Lucas, « Revirements de jurisprudence et non-rétroactivité de la "loi" : la Cour européenne des droits de l'homme face au sempiternel problème de la rétroactivité naturelle des changements de cap », *RTDH* 2012, p. 755.

recours effectif, une limitation dans le temps des effets de l'annulation ; qu'il lui revient d'apprécier, en rapprochant ces éléments, s'ils peuvent justifier qu'il soit dérogé à titre exceptionnel au principe de l'effet rétroactif des annulations contentieuses et, dans l'affirmative, de prévoir dans sa décision d'annulation que, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de celle-ci contre les actes pris sur le fondement de l'acte en cause, tout ou partie des effets de cet acte antérieurs à son annulation devront être regardés comme définitifs ou même, le cas échéant, que l'annulation ne prendra effet qu'à une date ultérieure qu'il détermine ».

Le Conseil constitutionnel a fait de même dans sa décision OGM en juin 2008¹⁵ avant que le Constituant ne lui reconnaisse expressément ce pouvoir dans le cadre du contrôle *a posteriori* des lois.

La modulation des effets de la jurisprudence est bien connue et pratiquée aux États-Unis, particulièrement par la Cour suprême américaine. En effet, la Cour suprême des États-Unis et les cours suprêmes des États ne sont pas liées par leurs décisions antérieures. L'*overruling* (revirement de jurisprudence) est admis si une décision précédente est jugée erronée. En revanche, le *prospective overruling* permet de dégager une règle nouvelle tout en appliquant l'ancienne afin d'éviter les effets négatifs de la rétroactivité de la nouvelle règle. Cette technique est appliquée dans certains domaines tels la propriété ou les contrats, pour lesquels la Cour juge que la protection de la confiance légitime est déterminante.

Le Conseil d'État et la Cour de cassation se sont, à quelques occasions, engagés dans la voie de la modulation des effets de leur jurisprudence, ce qui est loué par une partie de la doctrine¹⁶. Dans une décision du 16 juillet 2007, le Conseil d'État a jugé : « *que toutefois, eu égard à l'impératif de sécurité juridique tenant à ce qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours et sous réserve des actions en justice ayant le même objet et déjà engagées avant la date de lecture de la présente décision, le recours ci-dessus défini ne pourra être exercé qu'à l'encontre des contrats dont la procédure de passation a été engagée postérieurement à cette date* »¹⁷. Dans un arrêt du 8 juillet 2004, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation juge que « *si c'est à tort que la cour d'appel a décidé que le demandeur n'avait pas à réitérer trimestriellement son intention de poursuivre l'action engagée, la censure de sa décision n'est pas encourue de ce chef, dès lors que l'application immédiate de cette règle de prescription dans l'instance en cours aboutirait à priver la victime d'un procès*

¹⁵ Décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés (OGM)*, cons. 58.

¹⁶ C. Radé, « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence », *Recueil Dalloz* 2005, p. 988. Voir le rapport sur les revirements de jurisprudence rendu le 30 novembre 2004 par le groupe de travail dirigé par le Pr. Molfessis, p. 49.

¹⁷ Conseil d'État, 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n° 291545.

équitable, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »¹⁸.

Le groupe de travail présidé par le professeur Nicolas Molfessis a, en 2004, remis au Premier Président Guy Canivet un rapport sur « les revirements de jurisprudence ». Celui-ci fait un point complet sur l'insertion dans le temps des revirements de jurisprudence.

Plusieurs arguments sont opposés à une remise en cause du caractère rétroactif de la jurisprudence :

- la condamnation de la rétroactivité empêcherait tout revirement, les tribunaux devenant ainsi liés par leur jurisprudence ;
- la rétroactivité de l'annulation en matière d'excès de pouvoir est elle-même une garantie du droit au recours ;
- en empêchant l'application d'une solution nouvelle au pourvoi qui en a donné l'occasion, on ne fait que remplacer l'incompréhension du défendeur par celle du demandeur.

Pour sa part, le rapport Molfessis souligne les conséquences néfastes attachées à la rétroactivité des revirements de jurisprudence et la nécessité d'un droit transitoire :

- le revirement de jurisprudence peut avoir pour effet d'imposer aux justiciables l'application d'une règle qu'il ignorait et dont il ne pouvait intégrer la survenance au moment où il a agi ;
- le revirement de jurisprudence entraîne une désorganisation et des coûts que les acteurs juridiques n'ont pas intégrés. Il y a création d'un coût *a posteriori* puisqu'il affecte des actes qui furent anticipés comme n'en comportant pas. Cette imprévisibilité génère des effets anti-économiques.
- les règles qui s'appliquent à rebours du temps n'ont jamais pu diriger aucune conduite avant d'apparaître et de fonder la sanction de celui qui, sans le savoir, l'a méconnue. L'utilité sociale d'une telle norme est illisible.

Au regard de tous ces éléments, le rapport Molfessis a préconisé une modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence ainsi qu'une dissociation de la réflexion sur les effets des revirements et sur les revirements eux-mêmes.

¹⁸ N° 01-10426.

2. L'application à l'espèce

Si les jurisprudences du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État et de la Cour de cassation précitées ont retenu une définition de la notion d'entreprise publique fondée sur l'origine du capital social de telles jurisprudences ne portaient pas sur les dispositions contestées et correspondaient soit à des définitions en ce sens figurant dans la loi soit à la notion de propriété de la collectivité auxquelles renvoie le Préambule de 1946.

D'une part, c'est l'objet de la loi du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public. Le 3° de l'article 1 retient le critère de la détention directe par l'État de plus de la moitié du capital.

D'autre part cette définition est celle reprise par le Conseil constitutionnel pour l'application du neuvième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 et du dixième alinéa de l'article 34 de la Constitution (décision n° 96-380 DC du 23 juillet 1996, *Loi relative à l'entreprise nationale France télécom*). Le Conseil d'État retient la même définition pour l'application des mêmes dispositions de l'article 34 de la Constitution (Ass., 24 novembre 1978, *Schwartz et autres*, précité). Enfin il en va de même pour la Cour de cassation, avec l'arrêt de la première chambre civile du 3 mai 1988 (*Renault*, précité) pour l'application du neuvième alinéa du Préambule de 1946 et du dixième alinéa de l'article 34 de la Constitution. Il en va également ainsi pour la chambre sociale (2 décembre 1998, *CGT Messier Bugatti*) pour l'application de la loi du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public.

Ainsi il est exact que la définition « traditionnelle » de l'entreprise publique en droit français fait référence au capital social. Pour autant cette jurisprudence n'avait jamais porté sur les termes « entreprises publiques » au sens de l'ordonnance du 21 octobre 1986. Dès lors il ne pouvait être considéré qu'il existait, avant la décision *Frantour*, de la jurisprudence sur cet article qui n'avait pas encore été interprété. Cette décision *Frantour* de la chambre sociale de la Cour de cassation de 2000 n'est pas un revirement de jurisprudence. En outre, le fait pour l'entreprise Natixis de ne pas être soumise à une obligation légale n'est pas un droit acquis dont elle peut se prévaloir.

Le Conseil constitutionnel a donc jugé que « l'interprétation que la Cour de cassation a retenue de la notion "d'entreprise publique" figurant à l'article 15 de l'ordonnance du 21 octobre 1986 n'a pas porté atteinte à une situation légalement acquise » (cons. 10). Constatant qu'il n'y avait pas en l'espèce de situation légalement acquise, le Conseil constitutionnel ne s'est pas prononcé sur la question de savoir si et à quelles conditions une jurisprudence pourrait, par ses effets rétroactifs, porter atteinte à une situation légalement acquise.

B. – Les griefs tirés de la méconnaissance des principes d'égalité devant la loi et les charges publiques

La jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le principe d'égalité est constante et bien connue : « *Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le 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* »¹⁹.

L'entreprise requérante faisait valoir que les dispositions contestées ont pour effet de traiter différemment les entreprises à capitaux publics majoritaires dépassant le seuil de salariés à partir duquel la participation est obligatoire qui figurent sur la liste établie par décret, et celles qui, bien que ne figurant pas sur cette liste, sont également soumises aux mêmes obligations en termes de participation des salariés. Cette différence de traitement ne serait justifiée par aucun motif d'intérêt général.

Le législateur aurait-il instauré une différence de traitement non justifiée en ne réservant pas aux seules entreprises publiques énumérées par le décret prévu par le premier alinéa de l'article 15 de l'ordonnance du 21 octobre 1986 le fait, pour une entreprise publique, d'être soumise aux obligations en matière de participation des salariés ?

Les dispositions contestées, telles qu'interprétées par la Cour de cassation, ont au contraire pour effet de soumettre aux mêmes obligations en matière de participation les entreprises publiques énumérées par le décret prévu au premier alinéa de l'article 15 de l'ordonnance du 21 octobre 1986 et les entreprises qui, bien qu'à capitaux majoritairement publics, ont une activité purement commerciale. Or, rien n'interdit au législateur de traiter de la même manière des personnes placées dans des situations différentes. Le Conseil constitutionnel a ainsi rappelé que « *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* ». Aussi, « *en soumettant à une même obligation des entreprises placées dans des situations différentes, [les dispositions contestées] ne sont pas contraires au principe d'égalité devant la loi* » (cons. 12 et 14).

La société requérante dénonçait en outre une atteinte à l'égalité devant les charges publiques, en raison des implications du versement rétroactif de la participation aux salariés sur l'acquittement du forfait social par les entreprises à capitaux publics majoritaires.

¹⁹ Voir par exemple la décision n° 2010-3 QPC du 28 mai 2010, *Union des familles en Europe (Associations familiales)*.

Le fait que les entreprises à capitaux publics majoritaires ne figurant pas sur la liste arrêtée par décret puissent être contraintes de supporter rétroactivement les conséquences de l'interprétation de l'article 15 de l'ordonnance du 21 octobre 1986 par la Cour de cassation, c'est-à-dire les charges inhérentes à la mise en place d'un mécanisme de participation des salariés aux résultats ne peut conduire à considérer que les règles qui organisent la participation des salariés aux résultats de l'entreprise posent un problème d'égalité devant les charges publiques. En effet, les charges que représentent pour une entreprise les versements aux salariés au titre de la participation, même si ces versements sont obligatoires, ne sont pas des charges publiques. S'il y a un grief tiré de l'atteinte à l'égalité devant les charges publiques, il était, en l'espèce, mal dirigé. Le grief tiré de la méconnaissance de l'article 13 de la Déclaration de 1789 était par suite inopérant.

Il en résulte que les griefs tirés de la méconnaissance des principes d'égalité devant la loi et d'égalité devant les charges publiques ont été écartés.

C. – L'incompétence négative

1°/ Le Conseil constitutionnel s'est d'office interrogé sur la question de savoir si le législateur a commis une incompétence négative lorsqu'il n'a pas défini, en 1986, la notion d'entreprise publique et renvoyé au décret le soin de le faire. Cette omission législative peut être jugée contraire à un droit ou une liberté que la Constitution garantit. En effet, *« la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où cette méconnaissance affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit »*²⁰.

La liberté d'entreprendre est une liberté invocable à l'appui d'une QPC²¹. Le Conseil juge, depuis sa décision du 16 janvier 2001 sur l'archéologie préventive, qu'*« il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen 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 »*²².

²⁰ Décision n° 2012-254 QPC du 18 juin 2012, *Fédération de l'énergie et des mines - Force ouvrière FNEM FO (Régimes spéciaux de sécurité sociale)*, cons. 3.

²¹ Par exemple, décisions n°s 2013-317 QPC du 24 mai 2013, *Syndicat français de l'industrie cimentière et autre (Quantité minimale de matériaux en bois dans certaines constructions nouvelles)*, cons. 9 et 10 ; 2013-318 QPC du 7 juin 2013, *M. Mohamed T. (Activité de transport public de personnes à motocyclette ou tricycle à moteur)*, cons. 12 à 14.

²² Décisions n°s 2000-439 DC du 16 janvier 2001, *Loi relative à l'archéologie préventive*, cons. 13 ; 2010-605 DC du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, cons. 24 ; 2010-55 QPC du 18 octobre 2010, *M. Rachid M. et autres (Prohibition des machines à sous)*, cons. 4 ; 2011-126 QPC du 13 mai 2011, *Société Système U Centrale Nationale et autre*

En l'espèce, le Conseil constitutionnel a ainsi vérifié si l'omission d'une définition législative des entreprises concernées par l'obligation d'instaurer un dispositif de participation des salariés était contraire à la liberté d'entreprendre. La décision n° 2010-45 QPC²³ a par exemple censuré pour incompétence négative au regard de la liberté d'entreprendre et de la liberté de communication l'article L. 45 du code des postes et des communications électroniques (nommage internet en « .fr »).

2°/ Pour définir les entreprises publiques, la loi fixe, soit elle-même la liste des entreprises publiques au sens de ladite loi, soit les critères encadrant le renvoi au décret de la détermination des entreprises soumises à la législation en question.

Ainsi, la loi du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public comprend trois annexes listant des entreprises publiques soumises à certaines dispositions de la loi. L'annexe I énumère diverses sociétés, dont Natixis, visées au 2° de l'article 1^{er} comme étant soumises à l'ensemble de cette loi. Il en va de même à l'annexe II pour des entreprises exclues, en application de l'alinéa 1^{er} de l'article 4 de la loi, de l'application des dispositions de la loi relatives à la composition et au fonctionnement des conseils d'administration ou de surveillance. Il en va encore ainsi à l'annexe III pour les entreprises exclues en application de l'avant dernier alinéa de l'article 4 de l'application de l'ensemble des dispositions relatives à la démocratisation des conseils d'administration ou de surveillance.

En l'espèce, l'ordonnance du 21 octobre 1986 ne comporte ni liste annexée ni critères encadrant le renvoi au décret. Elle ne définit pas la notion d'entreprise publique et se contente de renvoyer au décret en Conseil d'État le soin de déterminer les entreprises publiques et sociétés nationales soumises aux dispositions du présent chapitre. Un tel renvoi est trop lacunaire : la loi ne donne pas d'éléments quant à l'étendue de son champ d'application. L'interprétation que la chambre sociale de la Cour de cassation confère à l'article 15 de l'ordonnance de 1986 peut apparaître comme révélant *a posteriori* le caractère imprécis de la notion d'entreprise publique, compte tenu de la portée de la notion d'entreprise publique définie jusqu'alors. Cette interprétation a empêché la société Natixis d'adapter sa stratégie commerciale et financière, en intégrant dans ses prix et en provisionnant dans ses charges les coûts inhérents à la mise en œuvre du mécanisme de participation des salariés aux résultats, portant ainsi atteinte à la liberté d'entreprendre.

(Action du ministre contre des pratiques restrictives de concurrence), cons. 4 ; 2012-258 QPC du 22 juin 2012, *Établissements Bargibant S.A. (Nouvelle-Calédonie - Validation - Monopole d'importation des viandes)*, cons. 6 ; 2012-280 QPC du 12 octobre 2012, *Société Groupe Canal Plus et autre (Autorité de la concurrence : organisation et pouvoir de sanction)*, cons. 8.

²³ Décision n° 2010-45 QPC du 6 octobre 2010, *M. Mathieu P. (Noms de domaine Internet)*, cons. 6.

En vertu de l'article 34 de la Constitution, la loi détermine les principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales. Aussi, il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; le plein exercice de cette compétence ainsi que l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques. Le législateur doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi.

À l'inverse de l'argumentation du requérant, le Conseil constitutionnel a estimé que la notion d'entreprise publique ne va pas de soi. Si la référence au critère du capital s'impose en matière de nationalisations et privatisations ou de participation de l'État dans l'économie, un tel critère est moins évident en particulier lorsqu'il s'agit de déterminer les règles qui s'appliquent au personnel des entreprises publiques. La doctrine s'est d'ailleurs fait l'écho des imprécisions affectant le champ d'application de la notion d'entreprise publique²⁴ en particulier en droit du travail²⁵.

Aussi, le Conseil constitutionnel a jugé qu'en adoptant les dispositions contestées, le législateur a soustrait les « entreprises publiques » à l'obligation d'instituer un dispositif de participation des salariés aux résultats de l'entreprise. Il n'a pas fixé la liste des « entreprises publiques » auxquelles par dérogation à cette règle, cette obligation s'applique et s'est borné à renvoyer au décret le soin de désigner celles des entreprises publiques qui y seraient néanmoins soumises. Le législateur s'est ainsi abstenu de définir le critère en fonction duquel les entreprises sont soumises à cette obligation en ne se référant pas, par exemple, à un critère fondé sur l'origine du capital ou la nature de l'activité. Il n'a pas encadré le renvoi au décret et a conféré au pouvoir réglementaire la compétence pour modifier le champ de la loi. Finalement, le Conseil juge qu'« *en reportant ainsi sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi, [le législateur] a méconnu l'étendue de sa compétence* » (cons. 18).

Pour le Conseil constitutionnel, cette méconnaissance par le législateur de l'étendue de sa compétence dans la détermination du champ d'application de l'obligation faite aux entreprises d'instituer un dispositif de participation des salariés à leurs résultats « *affecte par elle-même l'exercice de la liberté*

²⁴ M. Durupty, « *Existe-t-il un critère de l'entreprise publique* », Revue Administrative, 1984, p. 7.

²⁵ C. Garbar, *Le droit applicable au personnel des entreprises publiques*, LGDJ, 1996, p. 26 et suivants.

d'entreprendre ». Il a ainsi déclaré les dispositions contestées contraires à la Constitution (cons. 19).

Il en résulte que toutes les références à la notion d'entreprise publique ne tombent pas nécessairement sous le coup de cette jurisprudence. Il faut, d'une part, qu'il puisse exister une incertitude sur le champ d'application de la notion d'entreprise publique et, d'autre part, que le recours à ce critère affecte un droit ou une liberté que la Constitution garantit.

S'agissant des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité, le Conseil constitutionnel a réitéré son considérant de principe : « *Considérant qu'aux termes du deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution : « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause » ; que, si, en principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et reporter dans le temps ses effets que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration* ».

Le Conseil constitutionnel a ainsi jugé que la déclaration d'inconstitutionnalité du premier alinéa de l'article 15 de l'ordonnance du 21 octobre 1986, devenu le premier alinéa de l'article L. 442-9 du code du travail dans sa rédaction antérieure à la loi du 30 décembre 2004, prend effet à compter de la publication de la décision. Il convenait également que le Conseil fixe les autres effets dans le temps de cette déclaration d'inconstitutionnalité comme le prévoit l'article 62 de la Constitution. Il a entendu empêcher tant la poursuite que le développement de contentieux sur le fondement de cette imprécision et de la censure des dispositions contestées. Dès lors, le Conseil constitutionnel a précisé que les salariés des entreprises dont le capital est majoritairement détenu par des personnes publiques ne peuvent, en application du chapitre II de l'ordonnance du 21 octobre 1986 relatif à la participation des salariés aux résultats de l'entreprise ultérieurement introduite dans le code du travail, demander, y compris dans les instances en cours, qu'un dispositif de participation leur soit applicable au titre de la période pendant laquelle les dispositions déclarées inconstitutionnelles étaient en vigueur. Enfin, la déclaration d'inconstitutionnalité ne peut conduire à ce que les sommes versées au titre de la

participation sur le fondement de ces dispositions donnent lieu à répétition (cons. 22).