



Commentaire

Décision n° 2019-816 QPC du 29 novembre 2019

Fédération nationale des syndicats du spectacle, du cinéma, de l'audiovisuel et de l'action culturelle CGT et autre

(Restructuration des branches professionnelles)

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 2 octobre 2019 par le Conseil d'État (décision n° 431750 du même jour) d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par la fédération nationale des syndicats du spectacle, du cinéma, de l'audiovisuel et de l'action culturelle CGT (CGT-spectacle) et par le syndicat français des artistes-interprètes CGT (SFA-CGT) portant sur les paragraphes I et V de l'article L. 2261-32 et les articles L. 2261-33 et L. 2261-34 du code du travail.

Dans sa décision n° 2019-816 QPC du 29 novembre 2019, le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution le huitième alinéa du paragraphe I de l'article L. 2261-32 du code du travail, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel.

Il a ensuite, sous une réserve d'interprétation, déclaré conforme à la Constitution le troisième alinéa de l'article L. 2261-33 du même code, dans sa rédaction issue 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.

Il a, sous une autre réserve, déclaré conformes à la Constitution les mots « *la fusion de champs conventionnels prononcée en application du I de l'article L. 2261-32* » figurant au premier alinéa de l'article L. 2261-34 du même code, dans sa rédaction issue de la même loi du 8 août 2016.

Il a, enfin, déclaré conformes à la Constitution le premier alinéa, les 1°, 2°, 3° et 5° et le douzième alinéa du paragraphe I de l'article L. 2261-32, dans sa rédaction résultant de la loi du 5 septembre 2018, les mots « *En cas de fusion des champs d'application de plusieurs conventions collectives en application du I de l'article L. 2261-32* » figurant à la première phrase du premier alinéa de l'article L. 2261-33, dans sa rédaction issue de la loi du 8 août 2016, et les mots « *de la fusion* » figurant au troisième alinéa de l'article L. 2261-34 du même code, dans la même rédaction.

I. – Les dispositions contestées

A. – Origine et évolution des dispositions contestées

1. – Présentation générale

* Une convention collective contient les règles particulières du droit du travail applicable à un secteur donné : contrat de travail, hygiène, congés, salaires, classification, licenciement, *etc.* Elle est conclue par les organisations syndicales représentatives des salariés et les organisations professionnelles d'employeurs¹. Son champ d'application, fixé par les signataires, peut être interprofessionnel ou bien limité à une branche professionnelle (« *convention de branche* »²) ou à une entreprise.

En droit du travail, la convention de branche est traditionnellement considérée comme exprimant la « loi de la profession ». Selon l'article L. 2232-5-1 du code du travail, la « *branche a pour missions : / 1° De définir les conditions d'emploi et de travail des salariés ainsi que les garanties qui leur sont applicables dans les matières mentionnées aux articles L. 2253-1 et L. 2253-2 dans les conditions prévues par lesdits articles. / 2° De réguler la concurrence entre les entreprises relevant de son champ d'application* »³.

¹ À la différence des syndicats de salariés, les organisations d'employeurs n'ont pas besoin, à ce stade, d'être représentatives, dès lors que leur signature n'engage que les entreprises qui en sont adhérentes. L'exigence de représentativité apparaît en revanche au stade de l'éventuelle opposition à l'extension de la convention de branche à des entreprises non signataires (voir *infra*).

² L'article L. 2232-5 du code du travail précise cependant que les termes « *convention de branche* » peuvent désigner non seulement la convention collective, mais aussi les accords de branche, les accords professionnels et les accords interbranches.

³ L'article L. 2253-1 dispose que la convention de branche peut en particulier définir les garanties applicables aux salariés dans les matières suivantes : les salaires minima hiérarchiques ; les classifications ; la mutualisation des fonds de financement du paritarisme et des fonds de la formation professionnelle ; certaines garanties collectives complémentaires en matière de protection sociale ; diverses mesures relatives à la durée du travail, à la répartition et à l'aménagement des horaires ; certaines mesures relatives aux contrats de travail à durée déterminée, aux contrats de travail temporaire, aux contrats à durée indéterminée de chantier ou d'opération ; l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ; les conditions et les durées de renouvellement de la période d'essai ; les modalités selon lesquelles la poursuite des contrats de travail est organisée entre deux entreprises ; les cas de mise à disposition d'un salarié temporaire ; la rémunération minimale du salarié porté, ainsi que le montant de l'indemnité d'apport d'affaire en cas de portage salarial.

L'article L. 2253-2 dispose que, dans les matières suivantes, lorsque la convention de branche le stipule expressément (clause de « verrouillage »), la convention d'entreprise conclue postérieurement ne peut comporter de stipulations qu'à la condition d'assurer des garanties au moins équivalentes : la prévention des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels ; l'insertion professionnelle et le maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés ; l'effectif à partir duquel les délégués syndicaux peuvent être désignés, leur nombre et la valorisation de leur parcours syndical ; les primes pour travaux dangereux ou insalubres.

Une convention de branche est applicable aux entreprises entrant dans ses trois champs d'application : un champ syndical, un champ professionnel et un champ territorial. Ainsi :

- l'employeur doit être adhérent de l'organisation professionnelle d'employeurs signataire de la convention (« champ syndical ») ;
- son activité principale doit correspondre au champ professionnel de la convention ;
- son siège social doit se situer dans le champ territorial de la convention.

Traditionnellement, les organisations syndicales et patronales déterminent elles-mêmes le champ professionnel et le champ territorial de la convention. Ce dernier « peut être national, régional ou local » mais les branches ont en principe « un champ d'application national »⁴. Le champ syndical, lui, ne dépend que de l'adhésion des employeurs aux organisations patronales signataires.

Le ministre du travail peut, sous certaines conditions, modifier ces champs par un arrêté d'extension ou d'élargissement⁵. L'arrêté d'extension joue sur le champ syndical : une convention de branche étendue s'applique à toutes les entreprises s'inscrivant dans le champ territorial et professionnel, peu importe l'adhésion de l'employeur à telle ou telle organisation professionnelle. L'arrêté d'élargissement peut jouer, selon la décision du ministre, sur le champ professionnel ou sur le champ territorial. La convention élargie est donc applicable, selon les cas, à un autre niveau territorial ou à une autre profession que ce qui était initialement prévu par les organisations signataires. L'élargissement n'est possible que si la convention a déjà été étendue et si le champ territorial ou professionnel visé présente une carence, ainsi que des conditions analogues à celles du secteur dans lequel l'extension est déjà intervenue quant aux emplois exercés.

* Depuis une dizaine d'années, le constat a été dressé de l'existence d'un trop grand nombre de conventions collectives de branche. Selon la direction générale du travail (DGT) : « Si la négociation des textes conventionnels, et leur application large à travers la procédure d'extension, ont permis au cours des dernières décennies de couvrir une forte proportion de salariés (à hauteur de 95 %), il est apparu nécessaire d'ouvrir une nouvelle phase qui vise à reconfigurer un paysage conventionnel morcelé et hétéroclite. [...] En octobre 2015, la DGT décomptait 687 conventions collectives. À celles-ci s'ajoutaient 220 conventions collectives relevant du ministère de l'agriculture et de l'alimentation [...]. Au total, on dénombrait donc à l'origine du processus 907 conventions collectives, de portée et d'application variables. / Ce

⁴ Articles L. 2232-5 et L. 2232-5-2 du code du travail.

⁵ Articles L. 2261-15 et suivants du code du travail : les accords doivent avoir été conclus dans le cadre de la commission paritaire de branche (voir *infra*) et contenir un certain nombre de clauses obligatoires.

morcellement du paysage conventionnel se traduisait par une hétérogénéité des textes recensés avec des champs d'application nationaux, d'autres territoriaux avec pour certains la seule application outre-mer, sans évoquer ceux dont l'application réelle était incertaine. Parmi ces textes, certains étaient très anciens, comme la convention collective pour le commerce stéphanois autre que l'alimentation du 26 juin 1936. D'autres couvraient un très faible nombre de salariés déclarés, comme la convention collective de l'industrie du peigne de l'Ariège. [...] / Différents travaux ont souligné les effets négatifs d'un tel morcellement : une portée régulatrice de l'accord de branche amoindrie et une perte de lisibilité du droit conventionnel ; des conventions obsolètes qui perdurent faute de dénonciation ; un risque de contentieux lié à une mauvaise application ; une entrave à la mutualisation des moyens »⁶.

Afin de remédier à ce morcellement, le législateur a lancé un vaste chantier de restructuration des branches professionnelles.

La notion de branche professionnelle n'ayant, jusqu'à récemment, pas reçu de définition objective, ce chantier a pris la forme d'une modification des champs professionnels et géographiques des conventions et accords de branches. Il est, en effet, généralement admis que « *la branche professionnelle n'est définie que par ses acteurs* »⁷, de sorte qu'il existe « *une assimilation de la branche à sa production normative* »⁸. Historiquement, ce n'est pas la branche professionnelle qui a déterminé le périmètre de la convention de branche, mais l'inverse, en fonction du champ retenu par les partenaires sociaux.

En d'autres termes, la branche professionnelle est traditionnellement définie par le champ d'application territorial et professionnel de la convention collective conclue par les organisations syndicales et patronales. La branche est d'ailleurs répertoriée par le ministère du travail grâce à un identifiant de convention collective (IDCC). Cette assimilation entre la branche et la convention collective qui la régit s'observe également à la lecture des arrêtés établissant la liste des organisations syndicales représentatives par branches professionnelles. Ces derniers ont tous pour titre « *Arrêté du 22 juin 2017 fixant la liste des organisations syndicales reconnues*

⁶ Benjamin Redt et autres, « La restructuration des branches : pour une refonte concertée et dynamique du paysage syndical », *Droit social*, n° 11, novembre 2018, p. 872.

⁷ Philippe Portier, « Restructuration des branches professionnelles : le point de vue de la CFDT », *Droit social*, n° 11 - novembre 2018, p. 879 ; voir également Jean-Frédéric Poisson, *Rapport sur la négociation collective et les branches professionnelles*, La documentation française, 2009, p. 35 : « *Du point de vue du droit du travail, les "branches" sont des constructions de la négociation collective* ».

⁸ Patrice Adam, « L'accord de branche », *Droit Social*, n° 12, décembre 2017 p. 1029, qui suggère une distinction entre la « *branche-norme* » et la « *branche-institution* », cité par Jérôme Porta, « La branche professionnelle, déconstruction et restructuration », *Le Droit Ouvrier* – n° 842, septembre 2018, p. 570.

*représentatives dans la convention collective de... »*⁹ (et non « *dans la branche de... »*).

Ce que le législateur dénomme « *restructuration des branches professionnelles* »¹⁰ prend donc la forme d'une fusion des champs d'application professionnels et territoriaux des conventions de branche. Les arrêtés ministériels pris dans le cadre de cette restructuration se présentent d'ailleurs comme « *portant fusion des champs conventionnels* »¹¹. Ils ont en commun un premier article précisant que « *Le champ territorial et professionnel de la convention collective rattachée est inclus dans celui de la convention collective de rattachement* ».

2. – Évolution du droit de la restructuration des branches professionnelles

a. – La loi du 5 mars 2014

Les paragraphes I et V de l'article L. 2261-32 du code du travail trouvent leur origine dans la loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale.

L'article 29 de cette loi a donné au ministre du travail la faculté d'enclencher une procédure de fusion du champ d'application d'une convention collective avec celui d'une autre. Il était alors nécessaire, tout d'abord, que soient réunis deux critères cumulatifs. La branche susceptible de faire l'objet d'une fusion devait tout à la fois présenter un faible taux d'adhésion¹² et une faible activité conventionnelle durant les cinq années précédentes¹³. Ensuite, le ministre du travail devait informer les organisations représentatives d'employeurs et de salariés de son intention de fusionner les branches. Il ne pouvait procéder à la fusion qu'après l'expiration d'un certain délai et seulement en l'absence d'opposition de la majorité des membres de la Commission nationale de la négociation collective (CNNC).

À l'origine, le dispositif législatif était donc conçu comme un complément à la restructuration opérée volontairement par la conclusion entre les organisations syndicales et patronales représentatives d'un accord de regroupement des branches. En particulier, le ministre n'avait pas le pouvoir de leur imposer une restructuration.

⁹ JO du 30 juin 2017.

¹⁰ Intitulé de la section 8 du chapitre I^{er} du titre VI du livre II de la deuxième partie du code du travail.

¹¹ Arrêté du 5 janvier 2017 portant fusion des champs conventionnels, JO du 12 janvier ; arrêté du 28 avril 2017, JO du 10 mai ; arrêté du 27 juillet 2018, JO du 7 août ; arrêté du 16 novembre 2018, JO du 27 novembre ; arrêté du 23 janvier 2019, JO du 31 janvier ; arrêté du 9 avril 2019, JO du 19 avril ; arrêté du 1^{er} août 2019, JO du 23 août.

¹² Moins de 5 % d'adhésion des entreprises à une organisation professionnelle représentative d'employeurs.

¹³ Faible nombre d'accords ou d'avenants signés et faible nombre de thèmes traités.

b. – La loi du 17 août 2015

La loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi a étendu les hypothèses dans lesquelles la fusion des branches pouvait être mise en œuvre par le ministre du travail, sans priver les organisations syndicales et patronales du droit de s'y opposer.

Elle a modifié le paragraphe I de l'article L. 2261-32 du code du travail pour remplacer les critères, qui étaient jusque-là cumulatifs, par des critères alternatifs. La restructuration est ainsi devenue possible pour les branches présentant un faible taux d'adhésion ou une faible activité conventionnelle durant les cinq années précédentes. La procédure a également été étendue à la branche *« dont les caractéristiques, eu égard notamment à sa taille limitée et à la faiblesse du nombre des entreprises, des effectifs salariés et des ressources disponibles pour la conduite de la négociation, ne permettent pas le développement d'une activité conventionnelle régulière et durable en rapport avec la vocation des branches professionnelles et respectant les obligations de négocier qui lui sont assignées »*.

c. – La loi du 8 août 2016

La loi du 8 août 2016 précitée (dite *« El Khomri »*) a entièrement réécrit les paragraphes I et V de l'article L. 2261-32 du code du travail et inséré à sa suite deux nouveaux articles L. 2261-33 et L. 2161-34.

* En premier lieu, elle a défini à l'article L. 2261-32 du code du travail six critères alternatifs permettant au ministre du travail d'engager *« une procédure de fusion du champ d'application des conventions collectives d'une branche avec celui d'une branche de rattachement présentant des conditions sociales et économiques analogues »* :

- le faible effectif des salariés (1° du paragraphe I) ;
- la faiblesse du nombre des accords ou avenants signés et du nombre des thèmes de négociations couverts (2° du même paragraphe) ;
- le caractère limité du champ territorial (régional ou local) (3°) ;
- la faiblesse (moins de 5 %) de l'adhésion des entreprises aux organisations patronales représentatives (4°) ;
- l'absence de la commission paritaire de branche prévue à l'article L. 2232-9 du code du travail¹⁴ (5°) ;

¹⁴ Selon cet article, une *« commission paritaire permanente de négociation et d'interprétation »* (CPPNI) est mise en place par accord ou convention dans chaque branche. Elle exerce notamment les missions d'intérêt général suivantes : elle représente la branche, notamment dans l'appui aux entreprises et vis-à-vis des pouvoirs publics ; elle exerce un

- la nécessité de « *renforcer la cohérence du champ d'application des conventions collectives* » (septième alinéa de l'article L. 2261-32, devenu huitième alinéa depuis).

* En deuxième lieu, toujours à l'article L. 2261-32 du code du travail, la loi a modifié la procédure de fusion des branches professionnelles. La principale nouveauté réside dans le fait que les organisations syndicales et patronales ne disposent plus du droit de s'opposer, au sein de la CNNC, à une restructuration prononcée par le ministre du travail, qui peut donc imposer la fusion.

Celle-ci ne peut cependant intervenir qu'au terme de la procédure définie aux quatre derniers alinéas du paragraphe I du même article :

– un avis publié au *Journal officiel* invite les organisations et personnes intéressées à faire connaître, dans un délai déterminé par décret (quinze jours)¹⁵, leurs observations sur le projet de fusion ;

– le ministre du travail procède à la fusion après avis motivé de la CNNC, devenue depuis la Commission nationale de la négociation collective, de l'emploi et de la formation professionnelle (CNNCEFP). Notamment chargée de proposer « *toutes mesures de nature à faciliter le développement de la négociation collective, en particulier en vue d'harmoniser les définitions conventionnelles des branches* »¹⁶, cette commission comprend trois représentants de l'État (dont le ministre du travail ou son représentant, qui la préside), le président de la section sociale du Conseil d'État ainsi que six représentants des organisations d'employeurs et dix représentants titulaires des organisations syndicales de salariés, représentatives au niveau national interprofessionnel¹⁷. Elle peut confier l'exercice de ses missions en la matière à la sous-commission de la restructuration des branches professionnelles (SCRBP), composée de trois représentants de l'État, de cinq représentants des salariés et de trois représentants des employeurs¹⁸ ;

– lorsque deux organisations professionnelles d'employeurs ou deux organisations syndicales de salariés représentées à cette CNNCEFP proposent une autre branche de rattachement, par demande écrite et motivée, le ministre consulte à nouveau la

rôle de veille sur les conditions de travail et l'emploi ; elle établit un rapport annuel d'activité comprenant un bilan des accords collectifs d'entreprise ; elle peut rendre un avis à la demande d'une juridiction sur l'interprétation d'une convention ou d'un accord collectif.

¹⁵ Article D. 2261-14 du code du travail.

¹⁶ Article L. 2271-1 du code du travail.

¹⁷ Article R. 2272-1 du code du travail.

¹⁸ Articles R. 2272-10 et R. 2272-12 du code du travail.

commission dans un délai et selon des modalités fixés par décret¹⁹. Une fois le nouvel avis rendu par la commission, le ministre peut prononcer la fusion. Il ressort des travaux parlementaires qu'il est alors libre quant au choix des branches à fusionner, sans être lié par l'éventuelle proposition de rattachement à une autre branche formulée par les organisations patronales ou syndicales.

Malgré ces nouveaux pouvoirs dévolus au ministre, le législateur a souhaité, à titre transitoire, privilégier la restructuration des branches par la conclusion par les partenaires sociaux d'accords de regroupement. Le paragraphe II de l'article 25 de la loi du 8 août 2016 prévoit ainsi que les syndicats et organisations patronales représentatives au niveau national et interprofessionnel doivent engager une négociation sur la méthode permettant d'atteindre, en trois ans, un objectif d'environ 200 branches professionnelles (au lieu des 700 alors dénombrées). En outre, dans sa version d'origine, le paragraphe V de ce même article prévoyait que, pendant ce délai de trois ans, les membres de la CNNC gardaient le droit de s'opposer à un projet de fusion du ministre du travail. Pendant cette période, le ministre pouvait seulement imposer la fusion des branches dont le champ d'application géographique était uniquement régional ou local, ainsi que des branches n'ayant pas conclu d'accord ou d'avenant lors des quinze années précédant la promulgation de la loi (paragraphe III du même article 25).

* En troisième lieu, la loi du 8 août 2016 a défini les conséquences de la fusion des branches sur le tissu conventionnel. Elle a ainsi prévu, à l'article L. 2261-33 du code du travail, que la fusion entraîne une négociation des partenaires sociaux en vue de l'adoption de « *stipulations communes* » en lieu et place des stipulations des conventions collectives fusionnées lorsque celles-ci régissent des « *situations équivalentes* » (première phrase du premier alinéa).

Selon la doctrine, « *il convient d'entendre que les stipulations doivent porter sur le même objet : travail de nuit, travail dominical, jour férié, indemnité de licenciement... Il n'est pas nécessaire en revanche que ces nouvelles stipulations soient équivalentes aux stipulations antérieures. En effet, ce sont les situations qui doivent être équivalentes et non les stipulations. Les nouvelles stipulations pourront donc être moins favorables que les stipulations anciennement applicables* »²⁰.

¹⁹ La proposition doit être formulée dans les quinze jours ; la commission dispose d'un délai fixé par le ministre, qui ne peut être inférieur à un mois : article D. 2261-15 du code du travail.

²⁰ Gérard Vachet, « Le champ d'application conventionnel en cas de fusion des branches professionnelles », *Droit social*, n°11, 2018, p. 899.

Les partenaires sociaux doivent aboutir à un tel « *accord de remplacement* »²¹ dans un délai de cinq ans à compter de la date d'effet de la fusion. Pendant ce délai, ils sont autorisés à maintenir l'application des conventions collectives d'origine (seconde phrase du premier alinéa de l'article L. 2261-33). Afin de lever « *un frein au regroupement de certaines conventions collectives* »²², le législateur a en outre prévu que, pendant ce délai, les salariés ne peuvent pas intenter d'action sur le fondement des différences temporaires de traitement résultant de la fusion (deuxième alinéa du même article).

Si la loi impose que l'accord de remplacement comporte des stipulations communes régissant l'ensemble des situations équivalentes, elle n'exclut pas, *a contrario*, que cet accord comporte des stipulations spécifiques aux situations différentes. Comme l'indique la DGT, « *le schéma possible [...] prévoit un socle regroupant l'ensemble des stipulations qui peuvent être partagées par les salariés et les employeurs des branches fusionnées, "la maison commune". Des annexes qui peuvent être catégorielles, sectorielles, territoriales, à condition que les stipulations qu'elles contiennent soient justifiées par une différence objective de situation, peuvent reprendre pour partie les dispositions des conventions collectives précédentes* »²³.

À défaut de conclusion d'un tel accord de remplacement à l'issue du délai de cinq ans, la totalité des stipulations de l'accord de la branche de rattachement s'applique (y comprend celles ne régissant pas des situations équivalentes), entraînant ainsi la cessation de l'application de la convention collective de la branche absorbée (troisième alinéa du même article).

* En dernier lieu, la loi du 8 août 2016 a précisé, à l'article L. 2261-34 du code du travail, les conséquences de la fusion des branches sur le rôle des organisations d'employeurs et de salariés.

Ses deux premiers alinéas prévoient ainsi que les organisations professionnelles d'employeurs et les organisations syndicales de salariés représentatives dans au moins l'une des branches préexistantes à la fusion sont « *admises à négocier* » dans le nouveau champ conventionnel créé par la fusion, dans l'attente de la prochaine

²¹ Ou « accord de substitution » ou encore « accord d'harmonisation ». Ces expressions, d'origine doctrinale, désignent l'accord qui intervient après la fusion pour remplacer les stipulations régissant les situations équivalentes par des stipulations communes. Elles s'opposent à l'« accord de regroupement » (ou « accord de champ ») qui, également prévu au premier alinéa de l'article L. 2261-33, désigne l'accord conclu, non en cas de fusion, mais de restructuration amiable des deux branches.

²² Rapport n° 3675 (Assemblée nationale – XIV^{ème} législature) de M. Christophe Sirugue, fait au nom de la commission des affaires sociales, tome I, déposé le 7 avril 2016.

²³ Benjamin Redt et autres, *op. cit.*

mesure de leur représentativité. Par dérogation aux règles de droit commun de mesure de la représentativité au niveau des branches professionnelles, mesure qui a lieu tous les quatre ans depuis 2013, il n'est donc pas nécessaire de vérifier si un syndicat de salariés justifie d'un score de 8 % des suffrages exprimés au niveau de la branche (3° de l'article L. 2122-5 du code du travail)²⁴, ni de vérifier si une organisation professionnelle d'employeurs justifie disposer d'entreprises et organisations adhérentes qui représentent soit au moins 8 % des entreprises adhérant à des organisations professionnelles d'employeurs de la branche, soit au moins 8 % des salariés de ces dernières entreprises (3° de l'article L. 2152-1 du même code).

En revanche, le troisième alinéa de l'article L. 2261-34 dispose que le poids de la signature des organisations patronales et syndicales ainsi admises à négocier doit être apprécié au niveau de la nouvelle branche issue de la fusion (et non pas de l'une ou l'autre des anciennes branches). Cette modalité de calcul de l'audience des organisations représentatives s'applique pour apprécier :

– les taux de 30 % et 50 % prévus à l'article L. 2232-6, relatif à la validité de la conclusion des conventions de branche. Pour être valide, la convention doit en effet être signée par des organisations salariales représentatives ayant recueilli au moins 30 % des suffrages exprimés aux dernières élections professionnelles. En outre, elle ne doit pas avoir fait l'objet de l'opposition d'organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli la majorité (50 %) des suffrages exprimés à ces mêmes élections ;

– le taux de 50 % prévu à l'article L. 2261-19, relatif à la validité de l'extension, par le ministre du travail, d'une convention de branche déjà conclue. Pour être valide, l'extension doit en effet ne pas avoir fait l'objet de l'opposition d'organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives au niveau de la branche dont les entreprises adhérentes emploient plus de 50 % de l'ensemble des salariés des entreprises adhérant aux organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives au niveau de la branche.

d. – L'ordonnance du 22 septembre 2017

L'article 12 de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective²⁵ a précisé le premier critère permettant

²⁴ Sont additionnés les suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires aux comités sociaux et économiques et les suffrages exprimés au scrutin concernant les entreprises de moins de onze salariés.

²⁵ Ratifiée par la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.

d'engager la fusion des branches en cas de faiblesse des effectifs salariés : cette fusion est désormais possible lorsque la branche compte moins de 5 000 salariés (1° du paragraphe I de l'article L. 2261-32 du code du travail).

Ce même article 12 a également modifié le paragraphe V de l'article 25 de la loi du 8 août 2016 précitée, afin de réduire à deux ans à compter de la promulgation de cette loi, au lieu de trois ans jusqu'alors, le délai pendant lequel la CNNC pouvait s'opposer à la fusion souhaitée par le ministre du travail. Depuis le 8 août 2018, ce dernier peut donc décider d'autorité de prononcer la fusion des branches répondant aux critères précédemment énoncés.

e. – La loi du 5 septembre 2018

L'article 34 de la loi du 5 septembre 2018 précitée (dite « *Pénicaud* ») a ajouté un critère supplémentaire permettant d'engager la fusion des branches, prévu au 6° du paragraphe I de l'article L. 2261-32 du code du travail : cette restructuration est désormais possible « *en l'absence de capacité à assurer effectivement la plénitude de ses compétences en matière de formation professionnelle et d'apprentissage* ».

Au total, il résulte de ces différentes évolutions que les dispositions relatives à la restructuration des branches professionnelles ont, malgré leur caractère récent, connu une triple évolution : l'élargissement du périmètre des branches susceptibles d'être concernées par la procédure de restructuration ; l'augmentation des pouvoirs du ministre du travail, qui peut, *via* le mécanisme de fusion, imposer cette restructuration aux organisations syndicales et patronales ; le développement de l'impérativité des règles conventionnelles applicables après une restructuration, la convention de la branche de rattachement s'appliquant nécessairement en l'absence d'accord des partenaires sociaux.

B. – Origine de la QPC et question posée

Par arrêté du 9 avril 2019, le ministre du travail avait procédé à la fusion des champs d'application de la convention collective des artistes-interprètes engagés pour des émissions de télévision (IDCC 1734) et de la convention collective de la production audiovisuelle (IDCC 2642). Cette décision avait fait l'objet d'un recours en annulation devant le Conseil d'État introduit par la fédération nationale des syndicats du spectacle, du cinéma, de l'audiovisuel et de l'action culturelle CGT (CGT-spectacle) et par le syndicat français des artistes-interprètes CGT (SFA-CGT). À cette occasion, ils avaient posé une QPC relative aux articles L. 2261-32, L. 2261-33 et L. 2261-34 du code du travail.

Par la décision du 2 octobre 2019 précitée, après avoir écarté les dispositions des paragraphes II à IV de l'article L. 2261-32, qui n'étaient pas applicables au litige, le Conseil d'État a renvoyé au Conseil constitutionnel les dispositions des paragraphes I et V de l'article L. 2261-32 ainsi que les articles L. 2261-33 et L. 2261-34, au motif que « *le moyen tiré de ce que ces dispositions porteraient atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution soulève une question présentant un caractère sérieux* ».

II. – L'examen de la constitutionnalité des dispositions contestées

A. – Les griefs et la délimitation du champ de la QPC

* Les parties requérantes, rejointes par les parties intervenantes²⁶, reprochaient, en premier lieu, aux dispositions des premier et douzième alinéas du paragraphe I de l'article L. 2261-32 du code du travail de permettre au ministre du travail d'imposer la fusion de branches professionnelles. Elles critiquaient en outre certains des critères, prévus aux 1°, 2°, 3° et 5° et au huitième alinéa du même paragraphe I, caractérisant les situations dans lesquelles une telle fusion peut être prononcée. Ces critères sont relatifs à la faiblesse des effectifs salariés ou de l'activité conventionnelle de la branche, au champ d'application géographique de la convention de branche et à l'absence d'activité de la commission paritaire de branche, ainsi qu'au renforcement de la cohérence du champ d'application des conventions collectives. Elles reprochaient également à ces dispositions, ainsi qu'à certaines dispositions du premier alinéa de l'article L. 2261-33, d'imposer aux organisations syndicales et patronales le périmètre de négociation de l'accord de remplacement appelé à se substituer aux anciennes conventions de branche, périmètre auquel les partenaires sociaux n'auraient pas le droit de déroger à l'avenir. Selon les parties requérantes, il résultait de tous ces éléments une méconnaissance d'un « *principe de liberté de la négociation collective* » qu'elles demandaient au Conseil constitutionnel de reconnaître sur le fondement du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 relatif au principe de participation des travailleurs et de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 protégeant la liberté contractuelle. Elles soutenaient, de surcroît, que les dispositions relatives au critère tenant à la faiblesse de l'activité conventionnelle de la branche étaient entachées d'incompétence négative dans des conditions affectant ce même principe de liberté de la négociation collective.

²⁶ Le syndicat indépendant des artistes-interprètes et l'union nationale des syndicats autonomes (UNSA) spectacle et communication.

En deuxième lieu, les parties requérantes et intervenantes reprochaient à certaines dispositions de l'article L. 2261-34 du code du travail d'entraîner la dilution, au sein de la branche née de la fusion, de l'audience des organisations syndicales et patronales représentatives, ce qui, selon elles, avait pour effet de diminuer à court terme leur poids lors de la négociation de l'accord de remplacement, mais aussi, à plus long terme, leur capacité à maintenir leur représentativité lors des mesures d'audience ultérieures. Il en résultait une méconnaissance de la liberté de la négociation collective, de la liberté syndicale et de la garantie des droits protégée par l'article 16 de la Déclaration de 1789.

En dernier lieu, les parties requérantes et intervenantes contestaient le troisième alinéa de l'article L. 2261-33 du code du travail, en ce qu'il prévoit, à défaut d'accord de remplacement conclu par les partenaires sociaux dans un délai de cinq ans à compter de la fusion des branches, l'application de plein droit de la convention de la branche de rattachement, au détriment des stipulations conventionnelles propres à la branche absorbée. Il en résultait, selon elles, une méconnaissance du droit au maintien des conventions légalement conclues.

* Au regard de ces griefs, le Conseil constitutionnel a jugé que la QPC portait sur les dispositions suivantes du code du travail :

- le premier alinéa, les 1^o, 2^o, 3^o et 5^o et les huitième et douzième alinéas du paragraphe I de l'article L. 2261-32 ;
- les mots « *En cas de fusion des champs d'application de plusieurs conventions collectives en application du I de l'article L. 2261-32* » figurant à la première phrase du premier alinéa de l'article L. 2261-33 ;
- le troisième alinéa du même article L. 2261-33 ;
- les mots « *la fusion de champs conventionnels prononcée en application du I de l'article L. 2261-32* » figurant au premier alinéa de l'article L. 2261-34 ;
- les mots « *de la fusion* » figurant au troisième alinéa du même article L. 2261-34.

B. – Les griefs portant sur les conditions de la procédure de restructuration des branches professionnelles et sur la négociation de l'accord de remplacement (dispositions contestées de l'article L. 2261-32 et du premier alinéa de l'article L. 2261-33 du code du travail)

1. – La jurisprudence constitutionnelle sur le principe de participation des travailleurs et sur la liberté contractuelle

* Le principe de participation des travailleurs, par l'intermédiaire de leurs délégués, à la détermination collective des conditions de travail résulte du huitième alinéa du

Préambule de la Constitution de 1946. Le Conseil constitutionnel juge que sa mise en œuvre laisse une large marge de manœuvre au législateur. Il rappelle d'ailleurs que « *c'est au législateur qu'il revient de déterminer, dans le respect du principe énoncé au huitième alinéa du Préambule, les conditions et garanties de sa mise en œuvre* » et que « *la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement* »²⁷.

* S'agissant de la liberté contractuelle, fondée sur l'article 4 de la Déclaration de 1789, le Conseil considère de manière constante qu'il est loisible au législateur de lui apporter 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 poursuivi²⁸.

* La notion de « *liberté de négociation collective* », invoquée par les requérants, n'a jamais été employée en tant que telle dans les décisions du Conseil constitutionnel²⁹.

Ce dernier a cependant progressivement développé une jurisprudence relative à la négociation collective, fondée sur le principe de participation des travailleurs prévu au huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 et, parfois, sur le sixième alinéa du même préambule, relatif à la liberté syndicale.

C'est ainsi que la décision n° 96-383 DC du 6 novembre 1996 affirme : « *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 ;*

²⁷ Décision n° 2008-568 DC du 7 août 2008, *Loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail*, cons. 4 et 5.

²⁸ Par exemple : décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013, *Loi relative à la sécurisation de l'emploi*, cons. 6.

²⁹ Au contraire, dans sa décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail* (cons. 5 et 6), le Conseil n'a pas repris à son compte le « *droit à la négociation collective des partenaires sociaux* » mis en avant par les députés requérants.

« Considérant qu'il découle par ailleurs de l'article 34 de la Constitution que relève du domaine de la loi la détermination des principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical ; que c'est au législateur qu'il revient de déterminer dans le respect des dispositions à valeur constitutionnelle ci-dessus rappelées, les conditions et garanties de la mise en œuvre de ces dernières ; qu'il lui est loisible, dans le domaine de compétence qui est le sien, de compléter ou d'abroger des dispositions antérieures sous réserve de ne pas priver de garanties légales des principes constitutionnels ; que relève de ces garanties la détermination d'un statut de nature à permettre aux personnes conduites à conclure des accords collectifs l'exercice normal de leurs fonctions en toute indépendance par rapport à leur employeur »³⁰.

La portée de cette « vocation naturelle » a été récemment précisée, par la décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018, selon laquelle : *« 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 »³¹.*

La négociation collective a également fait l'objet, notamment, des décisions :

– jugeant qu'il est loisible au législateur de renvoyer à cette négociation collective le soin de préciser les modalités d'application des normes qu'il édicte en matière de droit du travail³² et qu'« *Il lui est également loisible de prévoir qu'en l'absence de convention collective, ces modalités d'application seront déterminées par décret* »³³ ;

– validant la faculté ouverte au chef d'entreprise dans les entreprises de moins de deux cents salariés de décider que les délégués du personnel constituent la délégation du personnel au comité d'entreprise, le Conseil considérant alors que si le huitième alinéa du Préambule de 1946 *« implique que la détermination des modalités concrètes de [...] mise en œuvre [de la détermination collective des conditions de travail] fasse l'objet d'une concertation appropriée entre les employeurs et les*

³⁰ Décision n° 96-383 DC du 6 novembre 1996, *Loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective*, cons 8 et 9.

³¹ Décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018, *Loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social*, paragr. 13.

³² Par exemple : décision n° 89-257 DC du 25 juillet 1989, *Loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion*, cons. 10 et 11.

³³ Décision n° 2004-507 DC du 9 décembre 2004, *Loi portant diverses dispositions relatives au sport professionnel*, cons. 11.

salariés ou leurs organisations représentatives, elle n'a ni pour objet ni pour effet d'imposer que dans tous les cas cette détermination soit subordonnée à la conclusion d'accords collectifs »³⁴ ;

– se prononçant sur la portée ou l'articulation des différentes normes applicables en droit du travail, notamment les conventions et accords collectifs. En particulier, la décision n° 77-92 DC du 18 janvier 1978 juge que « *si l'article 5 de la loi qui est venu compléter l'article L. 133-12 du code du travail donne au ministre du travail la faculté de passer outre à une ou plusieurs oppositions [à l'extension d'une convention collective] formulées [par certaines organisations syndicales ou patronales] en application du premier alinéa dudit article L. 133-12, ce même article 5 subordonne la mise en œuvre de cette faculté, notamment, à un vote favorable à l'extension émis à la majorité des deux tiers par les membres présents de la section spécialisée de la commission supérieure des conventions collectives ; qu'ainsi la loi ne méconnaît donc en aucune façon le principe de participation dont elle assure la mise en œuvre dans le cadre des compétences que lui réserve l'article 34 de la Constitution »³⁵ ;*

– validant l'encadrement par la loi d'une négociation des partenaires sociaux en vue de la conclusion d'accords faisant évoluer les règles de l'assurance chômage, sur la base d'un document de cadrage du Gouvernement et prévoyant l'intervention du pouvoir réglementaire en cas de négociation infructueuse³⁶.

2. – L'application à l'espèce

* Dans la décision commentée, le Conseil constitutionnel a tout d'abord jugé, de façon inédite, que, en matière de négociation collective, la liberté contractuelle découle des sixième et huitième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 (relatifs, respectivement, à la liberté syndicale et au principe de participation des travailleurs) et de l'article 4 de la Déclaration de 1789 (fondement habituel de la liberté contractuelle). Il est loisible au législateur d'y apporter des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il

³⁴ Décision n° 93-328 DC du 16 décembre 1993, *Loi quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle*, cons. 3 et 4. Dans le même sens, voir la décision n° 97-388 DC du 20 mars 1997, *Loi créant les plans d'épargne retraite*, cons. 7 et 8.

³⁵ Décision n° 77-92 DC du 18 janvier 1978, *Loi relative à la mensualisation et à la procédure conventionnelle (contre-visite médicale)*, cons. 6.

³⁶ Décision n° 2018-769 DC du 4 septembre 2018, *Loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel*, paragr. 49 à 54 (rendue au regard de la liberté contractuelle mais aussi du droit au maintien des contrats légalement conclus, fondé en l'espèce sur les articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789 ainsi que sur le huitième alinéa du Préambule de 1946 : sur ce droit, voir *infra*).

n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi (paragr. 10).

Ce faisant, le Conseil constitutionnel a précisé les fondements de la liberté contractuelle en matière de négociation collective, sans pour autant modifier les termes définissant les modalités de son contrôle des atteintes susceptibles d'être portées à cette liberté.

Le Conseil a également rappelé, conformément à sa jurisprudence habituelle, que « *selon l'article 34 de la Constitution, la loi détermine les principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical* » (paragr. 11) et qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement cette compétence.

Dès lors qu'un grief portait sur l'incompétence négative du législateur, le Conseil a, en outre, réaffirmé sa jurisprudence constante selon laquelle « *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* » (paragr. 12).

* Après avoir présenté la teneur des dispositions contestées, le Conseil a caractérisé les atteintes portées en l'espèce à la liberté contractuelle des syndicats de salariés et des organisations patronales. Il a relevé, à cet égard, que « *lorsque le ministre du travail prononce la fusion de branches professionnelles, les organisations syndicales de salariés et les organisations professionnelles d'employeurs qui souhaitent négocier un tel accord de remplacement sont, d'une part, contraintes de le faire dans le champ professionnel et géographique ainsi déterminé par le ministre et, d'autre part, tenues d'adopter des stipulations communes pour régir les situations équivalentes au sein de cette branche* » (paragr. 16).

Pour statuer sur la constitutionnalité de ces atteintes, le Conseil constitutionnel a, dans un premier temps, recherché l'objectif poursuivi par le législateur. Il a constaté qu'il ressortait « *des travaux préparatoires que le législateur a estimé que la seule négociation collective laissée à l'initiative des partenaires sociaux ne suffisait pas à limiter l'éparpillement des branches professionnelles* » et qu'« *en adoptant les dispositions contestées, [le législateur] a entendu remédier à cet éparpillement, dans le but de renforcer le dialogue social au sein de ces branches et de leur permettre de disposer de moyens d'action à la hauteur des attributions que la loi leur reconnaît, en particulier pour définir certaines des conditions d'emploi et de travail des salariés et des garanties qui leur sont applicables, ainsi que pour réguler la concurrence*

entre les entreprises » (paragr. 17). Le Conseil constitutionnel a considéré que le législateur avait ainsi poursuivi un objectif d'intérêt général.

Le Conseil a, dans un second temps, relevé les conditions et garanties qui entourent la fusion prononcée, par arrêté ministériel, des champs géographiques et professionnels des conventions de branches.

Il a, tout d'abord, observé que la procédure de fusion ne pouvait concerner que des branches présentant des conditions sociales et économiques analogues et qu'elle ne pouvait être engagée qu'« *eu égard à l'intérêt général attaché à la restructuration* » (paragr. 18). Sur ce dernier point, le Conseil a souligné qu'il appartenait ainsi au juge administratif, en cas de recours contre un arrêté de fusion du ministre du travail, de vérifier si celle-ci est justifiée par un motif d'intérêt général. Ce faisant, le Conseil constitutionnel a jugé que cette référence à l'intérêt général constitue bien une condition du prononcé de la fusion.

Il a également relevé que la branche susceptible d'être rattachée à une autre devait répondre à l'un des critères fixés aux 1° à 6° du paragraphe I de l'article L. 2261-32 du code du travail, qui étaient tous en rapport avec l'objectif d'intérêt général poursuivi. Répondant sur ce point aux critiques des requérants, le Conseil a considéré que certains des critères contestés étaient en rapport avec la volonté du législateur de faire émerger des branches ayant les moyens d'accomplir leurs missions. Ainsi, en visant, au 1° du paragraphe I de l'article L. 2261-32, les branches de moins de cinq mille salariés, « *le législateur a retenu un critère cohérent avec l'objectif de faire émerger des branches disposant d'une taille suffisante pour remplir leurs missions* » (paragr. 18). Il en est de même pour le 3° du même article : en visant « *les branches dont le champ d'application est uniquement régional ou local* », le législateur a adopté un critère cohérent avec l'article L. 2232-5-2 du code du travail qui dispose que « *Les branches ont un champ d'application national. Toutefois, certaines des stipulations de leurs conventions et accords peuvent être définies, adaptées ou complétées au niveau local* ». Le Conseil a, en outre, considéré que les autres critères contestés étaient directement en lien avec le souhait du législateur de redynamiser le dialogue social au sein des branches. Tel était le cas du critère, figurant au 2° du paragraphe I de l'article L. 2261-32, relatif à la faiblesse de l'activité conventionnelle au sein de la branche. À cet égard, le législateur n'avait pas méconnu l'étendue de sa compétence dès lors qu'il avait précisé que « *cette faiblesse devait être appréciée au regard du nombre d'accords ou d'avenants conclus et du nombre de thèmes de négociation couverts par ces accords* » (même paragr.). Dans la même perspective, le Conseil a jugé qu'était justifié le critère visé au 5° de ce même texte, tenant à

« l'absence de mise en place ou de réunion de la commission paritaire permanente de négociation et d'interprétation » (même paragr.).

Le Conseil a, ensuite, relevé que *« la fusion des branches ne peut être prononcée par le ministre du travail sans que les organisations et personnes intéressées aient été préalablement invitées à faire connaître leurs observations »* (paragr. 19). En effet, le projet de fusion doit faire l'objet d'un avis publié au *Journal officiel* invitant les organisations et personnes intéressées à faire connaître leurs observations ainsi que d'un avis de la CNNC. Le ministre est tenu de consulter cette commission une nouvelle fois si deux organisations d'employeurs ou de salariés qui y sont représentées proposent une autre branche de rattachement. La fusion ne peut alors intervenir qu'une fois ce nouvel avis rendu.

Le Conseil a, enfin, relevé que, non seulement les dispositions contestées du premier alinéa de l'article L. 2261-33 du code du travail *« ne font pas obstacle au maintien ou à l'adoption, notamment dans l'accord de remplacement, de stipulations spécifiques régissant des situations distinctes »* (paragr. 20), mais encore que *« les effets de l'arrêté du ministre du travail prononçant la fusion et contraignant les partenaires sociaux cessent au terme du délai de cinq ans suivant la date de cette fusion »* (paragr. 21), de sorte qu'elles *« ne s'opposent pas à ce que, une fois que l'arrêté a produit tous ses effets, les partenaires sociaux révisent l'accord de remplacement ou, à défaut d'avoir conclu un tel accord, qu'ils révisent la convention collective de la branche de rattachement rendue applicable de plein droit, afin notamment de modifier les champs géographique ou professionnel de cet accord ou de cette convention »* (même paragr.). La définition par l'État d'un périmètre de négociation, imposé aux partenaires sociaux, ne concerne en effet que l'accord de remplacement et les éventuels accords ayant pour objet de le réviser pendant la période de cinq ans ouverte par l'arrêté de fusion.

Au total, le Conseil constitutionnel a considéré que, *« compte tenu du motif d'intérêt général poursuivi et des différentes conditions et garanties précitées, l'atteinte portée à la liberté contractuelle par le premier alinéa, les 1^o, 2^o, 3^o et 5^o et le douzième alinéa du paragraphe I de l'article L. 2261-32 ainsi que par les mots "En cas de fusion des champs d'application de plusieurs conventions collectives en application du I de l'article L. 2261-32" figurant à la première phrase du premier alinéa de l'article L. 2261-33, n'est pas disproportionnée »* (paragr. 22). Par conséquent, le Conseil a écarté le grief tiré de la méconnaissance par ces dispositions de la liberté contractuelle.

En revanche, le Conseil a considéré qu'en prévoyant, au huitième alinéa du paragraphe I de l'article L. 2261-32, que la procédure de fusion peut également être engagée « *afin de renforcer la cohérence du champ d'application des conventions collectives* », le législateur « *n'a pas déterminé au regard de quels critères cette cohérence pourrait être appréciée* » et qu'« *il a ainsi laissé à l'autorité ministérielle une latitude excessive dans l'appréciation des motifs susceptibles de justifier la fusion* » (paragr. 24). Le législateur a, ce faisant, méconnu l'étendue de sa compétence dans des conditions affectant la liberté contractuelle.

Par conséquent, le Conseil a déclaré contraire à la Constitution le huitième alinéa du paragraphe I de l'article L. 2261-33 du code du travail. Cette censure prend effet immédiatement (paragr. 42).

C. – Le grief portant sur la privation d'effet des conventions collectives en vigueur à défaut d'accord des partenaires sociaux au bout de cinq ans (troisième alinéa de l'article L. 2261-33 du code du travail)

1. – La jurisprudence constitutionnelle sur le droit au respect des conventions légalement conclues en matière de droit du travail

Le Conseil constitutionnel considère de manière constante que, en droit du travail, « *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 la Constitution de 1946* »³⁷. Le contrôle du caractère suffisant du motif d'intérêt général conduit le Conseil à vérifier que l'atteinte n'est pas disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi.

Le Conseil est d'autant plus protecteur des conventions en cours qu'elles ont été conclues à l'instigation du législateur. Ainsi, sa décision n° 99-423 DC du 13 janvier 2000 a censuré pour violation de l'article 4 de la Déclaration de 1789 et du huitième alinéa du Préambule de 1946 des dispositions faisant obstacle à l'application de certaines clauses d'accords sur la réduction du temps de travail conclus en application d'une précédente loi. Ces clauses ne pouvaient continuer à s'appliquer que jusqu'à la conclusion d'un accord collectif s'y substituant et, au plus

³⁷ Décision n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003, *Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi*, cons. 4.

tard, pendant une durée d'un an à compter de la date d'entrée en vigueur de la loi déferée³⁸.

Dans le même sens, le Conseil a censuré, dans sa décision n° 2008-568 DC du 7 août 2008 précitée, des dispositions ayant pour effet de supprimer « *toutes les clauses des conventions [collectives] antérieures relatives aux heures supplémentaires afin que de nouvelles négociations soient engagées au niveau des entreprises ou, à défaut, des branches* » après avoir relevé que « *cette suppression touche plusieurs centaines de conventions ou accords collectifs applicables à plusieurs millions de salariés* » et qu'elle « *modifierait l'équilibre et conférerait à ces accords antérieurs d'autres effets que ceux que leurs signataires ont entendu leur attacher* »³⁹. Dans cette affaire, le Conseil a notamment pris en compte, comme le relevait le commentaire, le fait que « *la loi nouvelle n'introduisait pas des dispositions substantielles d'ordre public susceptibles de devoir s'imposer aux partenaires sociaux. Il était donc paradoxal qu'une réforme ne portant que sur des dispositions de droit procédural applicable aux conventions conduise à supprimer les dispositions matérielles de ces conventions tout en laissant les partenaires sociaux libres, en définitive, de reprendre les stipulations antérieures dans les nouvelles conventions conclues* ».

À l'inverse, dans la décision n° 2009-592 DC du 19 novembre 2009, le Conseil a admis l'atteinte portée aux conventions légalement conclues par le transfert à Pôle emploi de 900 salariés de l'Association nationale pour la formation professionnelle des adultes et par leur soumission à la convention collective applicable aux personnels de Pôle emploi : « *cette disposition, qui est justifiée par la nécessité de mettre l'Association nationale pour la formation professionnelle des adultes en conformité avec les règles de la concurrence [résultant du droit communautaire], sans pour autant multiplier les statuts des personnels au sein de "Pôle emploi", ne porte pas une atteinte excessive aux contrats légalement conclus* »⁴⁰.

De même, dans sa décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018 précitée, saisi de l'articulation entre accords de branche et accords d'entreprise⁴¹, le Conseil a jugé qu'en prévoyant que les nouvelles règles de prévalence des uns sur les autres s'appliqueraient aux accords en cours, « *le législateur a entendu garantir la sécurité juridique des normes conventionnelles en droit du travail, en évitant la coexistence*

³⁸ Décision n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, *Loi relative à la réduction négociée du temps de travail*, cons. 37 à 48.

³⁹ Décision n° 2008-568 DC du 7 août 2008 précitée, cons. 18 à 20.

⁴⁰ Décision n° 2009-592 DC du 19 novembre 2009, *Loi relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie*, cons. 8 à 12.

⁴¹ Sur l'articulation entre accord collectif et contrats de travail, voir la décision n° 2012-649 DC du 15 mars 2012, *Loi relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives*, cons. 11 à 15.

de règles de prévalence différentes selon la date de conclusion de ces accords et conventions. Un tel motif d'intérêt général est de nature à justifier l'atteinte portée aux accords et conventions en cours. Au surplus, dans les matières énumérées à l'article L. 2253-2 du code du travail, le législateur a permis aux partenaires sociaux de maintenir, par avenant, les clauses de prévalence antérieurement prévues par les accords de branches ou conventions d'un niveau supérieur. Par conséquent, le grief tiré de l'atteinte portée aux exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789 et du huitième alinéa du Préambule de 1946 doit être écarté »⁴². Il s'agissait de dispositions réglant des conflits de normes : même lorsque l'accord d'entreprise doit prévaloir sur l'accord de branche, la pérennité de ce dernier, qui peut s'appliquer à d'autres entreprises, n'est pas remise en cause.

2. – L'application à l'espèce

Dans la décision commentée, le Conseil constitutionnel a tout d'abord rappelé, selon une formulation constante, que « *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, ainsi que, s'agissant de la participation des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail, du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946* » (paragr. 26).

Le Conseil a ensuite observé qu'en application du troisième alinéa de l'article L. 2261-33 du code du travail, à défaut de conclusion d'un accord de remplacement dans le délai de cinq ans suivant la date d'effet de la fusion, seules s'appliquent dans la branche issue de cette fusion les stipulations de la convention collective de la branche de rattachement. Ces dispositions portent donc atteinte au droit au maintien des conventions légalement conclues, dans la mesure où elles mettent fin de plein droit à l'application de la convention collective de la branche rattachée.

Se référant à l'objectif d'intérêt général précédemment énoncé (au paragraphe 17 de la décision commentée) et au constat selon lequel, en adoptant ces dispositions, « *le législateur a entendu, en cas d'absence ou d'échec de la négociation collective à l'issue du délai qu'il a imparti aux partenaires sociaux, assurer l'effectivité de la fusion, en soumettant les salariés et les entreprises de la nouvelle branche à un statut conventionnel unifié* », le Conseil a considéré que « *la privation d'effet des stipulations de la convention collective de la branche rattachée qui régissent, non des situations propres à cette branche, mais des situations équivalentes à celles*

⁴² Décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018 précitée, paragr. 19 et 21.

régies par la convention collective de la branche de rattachement, ne méconnaît pas le droit au maintien des conventions légalement conclues » (paragr. 29).

Toutefois, le Conseil a considéré que « *ces dispositions ne sauraient, sans porter une atteinte excessive au droit au maintien des conventions légalement conclues, mettre fin de plein droit à l'application des stipulations de la convention collective de la branche rattachée qui régissent des situations spécifiques à cette branche* » (paragr. 30). Ce n'est que sous cette réserve d'interprétation que le Conseil a écarté le grief tiré de la méconnaissance du droit au maintien des conventions légalement conclues.

En effet, comme dans la décision n° 2008-568 DC précitée ayant donné lieu à censure, la privation d'effet des stipulations conventionnelles en cause n'est pas justifiée par la nécessité de mettre en conformité leur contenu avec une nouvelle législation « de fond » (sur les congés, les rémunérations, le temps de travail...) : ces stipulations cessent de s'appliquer dans le seul but de faire prévaloir une unique convention de branche. Si un tel objectif est admissible, dans une perspective d'harmonisation, s'agissant des stipulations régissant les situations équivalentes au sein des deux anciennes branches, il n'est, en revanche, pas de nature à justifier la disparition des stipulations spécifiques à l'ancienne branche absorbée⁴³.

D. – Les griefs portant sur les conséquences de la restructuration des branches sur l'audience des organisations syndicales et patronales (dispositions contestées de l'article L. 2261-34 du code du travail)

1. – La jurisprudence constitutionnelle sur la liberté syndicale

Le sixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 dispose que « *Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix* ». Sur ce fondement et sur celui du principe de participation des travailleurs prévu au huitième alinéa de ce préambule, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la représentativité des syndicats.

Ainsi, dans sa décision n° 2010-42 QPC du 7 octobre 2010, relative à la représentativité des syndicats de salariés, le Conseil constitutionnel a considéré

⁴³ Au demeurant, comme l'a relevé un observateur, l'application des seules stipulations de la convention collective de la branche de rattachement « *peut créer quelques difficultés. En effet, la convention de rattachement peut ne pas être adaptée à la situation de la branche dont la convention collective n'a pas été choisie : par exemple en matière de classification. Elle peut ne pas prévoir de stipulations sur des situations que connaissent les branches rattachées dont la convention n'a pas été choisie : travail dominical, travail de nuit, modulation du temps de travail, recours au temps partiel, ou aux contrats de travail intermittent* » (Gérard Vachet, *op. cit.*).

qu'« il était loisible au législateur, pour 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, de définir des critères de représentativité des organisations syndicales ; que la disposition contestée tend à assurer que la négociation collective soit conduite par des organisations dont la représentativité est notamment fondée sur le résultat des élections professionnelles ; que le législateur a également entendu éviter la dispersion de la représentation syndicale ; que la liberté d'adhérer au syndicat de son choix, prévue par le sixième alinéa du Préambule de 1946, n'impose pas que tous les syndicats soient reconnus comme étant représentatifs indépendamment de leur audience ; qu'en fixant le seuil de cette audience à 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles quel que soit le nombre de votants, le législateur n'a pas méconnu les principes énoncés aux sixième et huitième alinéas du Préambule de 1946 »⁴⁴.

S'agissant des organisations professionnelles d'employeurs, dans sa décision n° 2015-519 QPC du 3 février 2016, le Conseil constitutionnel a considéré « qu'il était loisible au législateur, pour fixer les conditions de mise en œuvre de la liberté syndicale, de définir des critères de représentativité des organisations professionnelles d'employeurs » et que « la liberté d'adhérer au syndicat de son choix, prévue par le sixième alinéa du Préambule de 1946, n'impose pas que toutes les organisations professionnelles d'employeurs soient reconnues comme étant représentatives indépendamment de leur audience ; qu'en fixant à 8 % le seuil minimum d'audience permettant l'accès à la représentativité des organisations professionnelles d'employeurs, le législateur a entendu éviter la dispersion de la représentativité patronale et n'a pas fait obstacle au pluralisme »⁴⁵.

Cette même décision précise en revanche que le principe de participation ne s'applique pas aux employeurs : « le huitième alinéa [du Préambule de la Constitution de 1946], qui consacre un droit aux travailleurs, par l'intermédiaire de leurs délégués, à la participation et à la détermination collectives de leurs conditions de travail, ne confère aucun droit équivalent au bénéfice des employeurs ; [...] par suite, le grief tiré de la méconnaissance des exigences du huitième alinéa du Préambule de 1946 est inopérant »⁴⁶.

⁴⁴ Décision n° 2010-42 QPC du 7 octobre 2010, *CGT-FO et autres (Représentativité des syndicats)*, cons. 6. Dans le même sens : décision n° 2010-63/64/65 QPC du 12 novembre 2010, *Fédération nationale CFTC de syndicats de la métallurgie (Représentativité syndicale)*.

⁴⁵ Décision n° 2015-519 QPC du 3 février 2016, *Mouvement des entreprises de France et autres (Critère de l'audience des organisations professionnelles d'employeurs pour l'appréciation de la représentativité)*, cons. 8 et 10.

⁴⁶ *Ibid.*, cons. 11.

2. – L'application à l'espèce

* Le Conseil constitutionnel a, en premier lieu, examiné les dispositions contestées du troisième alinéa de l'article L. 2261-34 du code du travail qui prévoient que, même avant la prochaine mesure de leur audience suivant la fusion, le poids de chacune des organisations d'employeurs et de salariés admises à négocier l'accord de remplacement s'apprécie, pour la conclusion de l'accord ou pour son extension, au niveau de la branche issue de la fusion.

Le Conseil a relevé qu'il en résulte une dilution du poids relatif des organisations syndicales et patronales. Il a toutefois considéré que « *ces dispositions garantissent que les nouvelles stipulations conventionnelles soient définies par les partenaires sociaux en tenant compte de leur niveau de représentativité à l'échelle de la nouvelle branche, plutôt qu'en fonction de leur poids dans les anciennes branches* » (paragr. 33).

Il a donc jugé que les mots « *de la fusion* » figurant au troisième alinéa de l'article L. 2261-34 du code du travail ne méconnaissent pas les exigences constitutionnelles résultant des sixième et huitième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 et les a déclarés conformes à la Constitution (paragr. 34).

* En second lieu, le Conseil a contrôlé les dispositions contestées du premier alinéa du même article L. 2261-34. Interprétées *a contrario*, celles-ci ont pour conséquence que certaines organisations professionnelles d'employeurs et organisations syndicales de salariés peuvent perdre leur représentativité après la mesure de l'audience faisant suite à la fusion des branches professionnelles dans lesquelles elles étaient représentatives. Dans cette hypothèse, ces organisations se trouvent privées, pour les organisations de salariés, de la possibilité de signer une convention de branche ou de s'y opposer et, pour les organisations d'employeurs, de la faculté de s'opposer à l'extension d'une telle convention.

Le Conseil a toutefois considéré que « *de telles conséquences sont conformes à l'objet des règles de représentativité syndicale, qui visent, s'agissant des syndicats de salariés, à assurer que la négociation collective soit conduite par des organisations dont la représentativité est notamment fondée sur le résultat des élections professionnelles* » (paragr. 36), reprenant en cela les termes de sa décision n° 2010-42 QPC précitée. Il a rappelé en outre, à l'image de ce qu'il avait jugé dans cette dernière décision et dans la décision n° 2015-519 QPC précitée, que « *la liberté d'adhérer au syndicat de son choix, prévue par le sixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, n'impose pas que toutes les organisations syndicales de*

salariés et toutes les organisations professionnelles d'employeurs soient reconnues comme étant représentatives indépendamment de leur audience » (même paragr.).

Dès lors, le fait de priver les organisations syndicales de salariés représentatives dans les anciennes branches de la possibilité de signer l'accord de remplacement ou une nouvelle convention de branche lorsqu'elles ont perdu leur représentativité dans la nouvelle branche « *ne méconnaît pas la liberté contractuelle et le droit au maintien des conventions légalement conclues* » (paragr. 37). Il en va de même, en cas de perte de représentativité, de la faculté pour les organisations professionnelles d'employeurs de s'opposer à l'extension de l'accord de remplacement.

Toutefois, le Conseil constitutionnel s'est attaché à examiner les effets produits par les dispositions contestées « *dans le cas particulier où les organisations représentatives dans chacune des branches fusionnées ont, dans le délai de cinq ans, entamé la négociation de l'accord de remplacement avant la mesure de l'audience suivant la fusion* ». Dans un tel cas, les dispositions contestées auraient pu aboutir, si ces organisations ne satisfaisaient plus aux critères de représentativité à l'issue de la mesure de l'audience, « *à les exclure de la négociation alors en cours* » (paragr. 38).

Le Conseil a jugé que cette situation serait préjudiciable aux exigences constitutionnelles dans la mesure où, d'une part, « *la participation de ces organisations à la négociation de cet accord garantit la prise en compte des spécificités de chacune de ces branches* » et où, d'autre part, « *la fusion peut conduire à remettre en cause les stipulations des conventions des branches fusionnées régissant des situations équivalentes* » (même paragr.).

Par une seconde réserve d'interprétation, le Conseil a, par conséquent, jugé que ces dispositions « *ne sauraient, sans méconnaître la liberté contractuelle, être interprétées comme privant les organisations d'employeurs et de salariés, en cas de perte de leur caractère représentatif à l'échelle de la nouvelle branche à l'issue de la mesure de l'audience suivant la fusion, de la possibilité de continuer à participer aux discussions relatives à l'accord de remplacement* » (paragr. 39)⁴⁷. En revanche, compte tenu des enjeux attachés aux règles de représentativité, rappelés plus haut, le Conseil a précisé que cette réserve n'allait pas jusqu'à permettre aux organisations en cause de signer cet accord de remplacement, de s'y opposer ou de s'opposer à son éventuelle extension.

⁴⁷ Ainsi, quoique formellement énoncée lors du contrôle des dispositions contestées du premier alinéa de l'article L. 2261-34, relatif aux organisations professionnelles d'employeurs, cette réserve s'applique également aux syndicats de salariés (le deuxième alinéa de l'article L. 2261-34 rendant applicable à ces syndicats la même règle que celle prévue au premier alinéa).

Sous cette réserve d'interprétation, le Conseil a jugé que les griefs tirés des exigences constitutionnelles précitées devaient être écartés et que les dispositions contestées du premier alinéa de l'article L. 2261-34 étaient conformes à la Constitution.