

Paris, le 10 juillet 2017

## Observations sur le projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social

« Il s'agit d'aller vers une logique plus contractuelle [...] pour libérer les énergies ». Les propos de la nouvelle ministre du Travail pour annoncer l'ébauche du projet de réforme de droit du travail en disent long sur la manière d'envisager les fonctions de ce droit fondateur de l'ordre public social : la loi et les accords de branche doivent s'effacer devant l'intérêt des employeurs. Ses dernières déclarations accusant le code du travail de n' « être fait que pour d'embêter 95% des entreprises » confirment que pour le gouvernement la protection des salariés n'est pas une priorité.

Pourtant, protéger les salariés contre le pouvoir de direction et de contrôle que l'employeur exerce, au nom du principe de la liberté d'entreprendre, sur ceux dont il loue la force de travail, voilà l'une des missions essentielles de cette branche du droit. Et qu'on ne s'y trompe pas, si ce pouvoir de l'employeur et la subordination du salarié peuvent prendre, en apparence, de nouvelles formes - que la ministre du Travail nous présente comme des « attentes nouvelles des salariés » - c'est bien cette relation par principe inégale entre les parties, traversée par un conflit des logiques qui reste de manière immuable au cœur du contrat de travail.

C'est précisément pour cette raison que l'accès à un juge, doté de pouvoirs permettant de faire respecter un ordre public de protection, est essentiel.

La possibilité de faire reconnaître et respecter ses droits est une composante essentielle de l'Etat de droit. La Convention européenne des droits de l'homme

traduit par le droit à un recours effectif, tandis que le Conseil constitutionnel rattache le droit au jugement au droit au juge, constitutionnellement reconnu.

La défiance à l'égard du juge, qui imprégnait déjà fortement de nombreuses dispositions de la loi du 14 juin 2013, de sécurisation de l'emploi et celle du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, marque à nouveau en profondeur les nouvelles dispositions en préparation.

« Sécuriser », « assouplir », « simplifier » autant de termes qui signifient en réalité : faciliter la rupture des contrats de travail par les employeurs, réduire l'accès au juge et affaiblir la protection des salariés. Dire que « la loi sera d'autant plus puissante et importante qu'elle n'aura pas vocation à entrer dans tous les détails » est, au mieux de la méconnaissance, au pire du mépris, pour ce qu'est l'essence du droit du travail. Opérer un nouveau retrait massif de protections de l'ordre public social au profit d'un droit négocié au niveau de la seule l'entreprise ou du contrat de travail provoquerait un nouveau bouleversement dans ce domaine.

Vanter l'éternel volonté de « simplification » d'un code du travail « complexe et épais » prêterait à sourire, dans un contexte de surenchère législative en matière pénale, si la situation n'était pas si préoccupante.

Réduire l'office du juge dans le traitement de ces litiges est lourd d'implications et nécessite d'autant plus que le débat ne soit pas confisqué et puisse avoir lieu sereinement au Parlement, et non à travers une simple loi d'habilitation, ersatz de procédure parlementaire.

En outre, la procédure d'habilitation est une réelle confiscation du débat. A peine désignés pour exercer la mission essentielle de légiférer, au nom de l'ensemble de la population, les députés se voient imposer la procédure des ordonnances dans un domaine aussi essentiel que le droit du travail.

Si la loi d'habilitation elle-même est certes discutée à l'Assemblée nationale selon la procédure ordinaire, ses termes déjà inquiétants et très larges ne permettront, qui plus est en plein été, ni que le débat s'engage réellement, privant les organisations et les membres de la société civile de s'exprimer sur des dispositions précises envisagées, ni que les députés fraîchement élus ne prennent part pleinement aux débats, disposition par disposition.

Signal bien paradoxal que cette confiscation d'une partie des prérogatives de la représentation nationale, dès son élection en contrepoint d'une volonté affichée de renouvellement et de moralisation de la politique.

La célérité revendiquée qui impliquerait un débat parlementaire tronqué ne se justifie aucunement. Le droit du travail a récemment fait l'objet de bouleversements profonds, notamment par les lois du 14 juin 2013 de sécurisation de l'emploi, du 6 août 2015, dite loi Macron et, il y a moins d'un an la loi du 8 août 2016, dite loi El Khomri.

Aucune urgence. A fortiori sur un des thèmes phares de la campagne du Président de la République et pour lequel selon un récent sondage IPSOS/ Le Figaro, 69% des salariés et 82% des chefs d'entreprises déclarent ne pas faire confiance au gouvernement.

Les arguments avancés par le gouvernement pour passer en force ne suffisent pas à masquer la réalité. En effet, les nombreuses consultations actuellement en cours auprès des organisations syndicales ne mettent aucunement en mesure ces organisations de participer utilement aux discussions sur le projet de réforme puisque qu'elles ne portent pas sur des textes précis et interviennent par thèmes segmentés. Par ailleurs, la publication, le 20 juin dernier, d'une note de conjoncture de l'INSEE sur les barrières à l'embauche ressenties par les entreprises révèle que les deux principaux freins à l'embauche sont l'incertitude économique (28%) et la difficulté à trouver une main d'œuvre compétente (27%), loin devant la réglementation du marché de l'emploi qui arrive en quatrième position, évoquée par seulement 18% des employeurs.

Autant de raisons qui doivent conduire à exiger un débat complet et contradictoire sur des dispositions non créatrices d'emploi mais qui détruiront durablement les protections des salariés. L'ensemble des dispositions qui risquent d'amputer le pouvoir d'intervention du juge ne doivent pas être cantonnées à des discussions feutrées de cabinets ministériels.

Utiliser cette procédure sur un tel sujet, qui a fait l'objet d'oppositions majeures au cours du printemps 2016, envisager de représenter plusieurs points saillants qui avaient été abandonnés lors de la première version de la loi du 8 août 2016 est un défi aux positions qui s'étaient fortement exprimées et qui avaient alors été entendues.

Si ce projet de loi et les ordonnances qui doivent en découler sont menés par le

ministère du Travail et que le ministère de la Justice n'y est – à tort – pas associé, le Syndicat de la magistrature revendique sa place dans les concertations et débats à venir. En effet, la législation encadrant les relations de travail, individuelles ou collectives, nées de la conclusion d'un contrat actant un lien de subordination, est appliquée au quotidien par les conseils des prud'hommes - juridictions paritaires - mais aussi par les juges départiteurs, les conseillers des chambres sociales des cours d'appel ou encore les juges des tribunaux de grande instance pour les conflits collectifs. En outre, si le texte soumis au Parlement se contente de fixer le cadre du travail à venir, il dessine déjà clairement une réelle amputation de l'office du juge.

## **Nouvelle hiérarchie des normes : le droit négocié...au plus bas**

Le principe de hiérarchie des normes en droit du travail implique que les règles qui dérogent à celles placées au dessus dans la pyramide des règles applicables à la relation de travail ne peuvent qu'être plus favorables au salarié. Ce principe de faveur se décline pour les normes élaborées dans le cadre d'accords collectifs, du plus loin de l'entreprise au plus près du salarié. Ainsi, se tissent des protections sociales de plus en plus favorables au salarié, au fil, par exemple de l'accord national interprofessionnel, de l'accord de branche, de l'accord d'entreprise et du contrat de travail.

Si le principe de hiérarchie des normes avait déjà été fortement bouleversé par la loi du 8 août 2016, aggravant le mouvement engagé dès la loi du 4 mai 2004 et poursuivi par la loi du 20 août 2008, qui permettait, dans certaines circonstances particulières, de déroger à la norme supérieure plus favorable, le projet de loi d'habilitation déplace encore davantage les sources du droit.

Dans les réformes précédentes, ces bouleversements, réservés à des domaines particuliers, ne concernaient pas l'ensemble des relations de travail individuelles et collectives applicables aux salariés de droit privé. Avec le projet de loi d'habilitation une ligne rouge est franchie. La logique consistant à accorder une primauté au droit négocié sur le droit légiféré - le tout en instaurant une inégalité entre les salariés des différentes entreprises et en abaissant par là-même la garantie de règles protectrices – et sur le contrat de travail, détruit en profondeur les fondements mêmes du droit du travail.

L'article 1 du projet de loi prévoit un principe de primauté donnée aux accords d'entreprise, correspondant à une inversion du principe de faveur actuel. Le 1°

a) prévoit que la négociation d'entreprise prévaudra sur les conventions ou accords de branche ou accords professionnels ou interprofessionnels, sauf domaines spécifiés par la loi.

Par ailleurs, le 1° d) de cet article dispose que les ordonnances à venir devront préciser « les conditions dans lesquelles il appartient à celui qui conteste un accord de démontrer qu'il n'est pas conforme aux conditions légales qui le régissent ». Cette disposition, anodine en apparence, doit être lue à la lumière d'une disposition contenue dans une première version du texte laquelle prévoyait que l'accord d'entreprise « sauf dans certaines matières et sous certaines conditions, [bénéficiera] d'une présomption de conformité à la loi au regard du régime de preuve applicable devant le juge ». Ainsi non seulement la hiérarchie des normes est inversée, mais il est envisagé que l'accord, négocié au plus près des rapports entre employeurs et salariés - source de déséquilibres majeurs dans les négociations - soit considéré a priori comme conforme à la loi.

Les pouvoirs du juge en seront amputés d'autant : il ne pourra plus relever l'illégalité de l'accord d'entreprise moins favorable qui sera présumé conforme à la loi. La preuve contraire devrait être rapportée, dans des conditions, on l'imagine, impossibles, par le salarié qui contesterait un accord qui lui serait défavorable.

Articulé au reste des dispositions déjà mises en place par la loi travail du 8 août 2016, et aux dispositions du présent projet de loi visant à « faciliter le recours à la consultation des salariés pour valider un accord » et à « modifier les modalités d'appréciation du caractère majoritaire des accords ainsi que le calendrier et les modalités de généralisation de ce caractère majoritaire »

La boucle du moins disant social sera bouclée, l'employeur pouvant organiser un référendum sans le soutien d'aucun syndicat au sein de l'entreprise, quand on sait la valeur suprême que revêtira un accord conclu au niveau de cette même entreprise.

Ainsi l'employeur pourra créer sa propre loi - un accord d'entreprise proposé par lui et soumis par lui à un référendum- moins favorable et moins protectrice pour les salariés, qui sera présumée conforme à la loi générale et le juge saisi d'un litige ne pourra que constater cette présomption de conformité.

**Appréciation de la cause réelle et sérieuse d'un licenciement :**

## le juge bientôt hors jeu

Pour être valable, le licenciement, rupture unilatérale du contrat de travail à l'initiative de l'employeur, doit être fondé sur un motif réel et sérieux. C'est une cause objective, trouvant son origine dans le comportement du salarié ou dans le contexte économique de l'employeur, et suffisamment grave pour qu'elle rende impossible, sans dommage pour l'entreprise, la continuation de la relation de travail.

Actuellement, le salarié a toujours la possibilité de soumettre à l'appréciation et au contrôle du juge le motif de son licenciement.

Le dispositif qui prévoit à l'article 1<sup>er</sup> 1° c) « [l'harmonisation et la simplification] du régime juridique de la rupture du contrat de travail en cas de refus par le salarié des modifications issues d'un accord d'entreprise » est, sans dire son nom, une préconstitution, par l'effet de la loi, du motif réel et sérieux d'un licenciement. Aujourd'hui, la modification du contrat de travail qui découlerait d'un accord d'entreprise doit être acceptée par le salarié, à défaut elle n'a pas lieu. Demain, le refus par le salarié d'une telle modification de son contrat de travail constituera en soi une cause réelle et sérieuse de licenciement. Les motifs – les bonnes raisons éventuelles – fondant le refus du salarié ne pourront ni être soulevés, ni examinés par le juge

Le Syndicat de la magistrature rappelle que faire échec à une discussion sur le motif d'un licenciement est contraire aux articles 8 et 9 de la Convention N°158 de l'Organisation internationale du travail qui garantissent le droit du salarié à ce que le juge puisse « examiner les motifs invoqués pour justifier le licenciement » et décider si celui-ci « était justifié ».

De même, l'article 3 C) prévoyant l'adaptation des « règles de procédure et de motivation applicables aux décisions de licenciement » implique une limitation de l'office du juge, qui ne pourra plus apprécier librement les conséquences à tirer des irrégularités procédurales ou déclarer sans cause réelle et sérieuse un licenciement non motivé, comme il le fait actuellement. C'est oublier que ces règles de procédures n'ont pas été fixées pour « embêter les employeurs », mais bien pour accorder des garanties fondamentales aux salariés : connaître les motifs du licenciement envisagé, pouvoir les discuter, amener l'employeur à réfléchir avant de prendre sa décision...

## Référentiel obligatoire pour fixer les indemnités en cas de licenciement abusif : le coût de la violation de la loi

La note de conjoncture de l'INSEE du 20 juin 2017 évoquée plus haut indique que seuls 10% des employeurs considèrent que le coût du licenciement est un frein pour recruter convenablement. Dans ce contexte, alors qu'il n'a par ailleurs jamais été établi de lien entre une levée de protection des salariés et la création d'emplois, la volonté du gouvernement de limiter le montant des dommages et intérêts en cas de licenciement abusif est inadmissible et contraire aux principes.

Evincés par la grande porte lors de l'examen du projet de loi travail en 2016, les barèmes obligatoires des indemnités prononcées pour licenciement abusif reviennent par la fenêtre de la loi d'habilitation.

En effet l'article 3 b) autorise le gouvernement à adopter des ordonnances visant à modifier les « dispositions relatives à la réparation financière des irrégularités de licenciement, d'une part en fixant un référentiel obligatoire (...) pour les dommages intérêts alloués par le juge en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse (...) d'autre part en modifiant (...) les planchers et les plafonds des dommages et intérêts fixés par [le] code [du travail] pour sanctionner les autres irrégularités liées à la rupture du contrat de travail ».

Le code du travail déterminerait ainsi le coût de la violation de la loi s'agissant des indemnités que l'employeur reconnu fautif doit verser. Certes le texte prévoit une exception à l'application de ce référentiel pour les « licenciements entachés par une faute de l'employeur d'une particulière gravité », il n'en demeure pas moins que cette limitation des dommages et intérêts s'appliquera à un licenciement fautif.

En fixant ce « référentiel obligatoire » la loi permet à l'employeur de provisionner le coût de l'élimination d'un ou plusieurs membres du personnel de l'entreprise.

Jusqu'en 2013, aucune limitation n'était apportée dans l'article L.1235-1 du code du travail au principe de réparation intégrale, issu de l'article 1382 du code civil, en vertu duquel le responsable du préjudice doit indemniser tout le dommage - et uniquement le dommage - causé à la victime. La loi « sécurisation de l'emploi » du 14 juin 2013 introduit au niveau du bureau de conciliation du conseil des prud'hommes la possibilité, pour les parties, de passer un accord avec versement d'une indemnité forfaitaire sur la base d'un barème

réglementaire prenant en compte l'ancienneté du salarié. Ce barème ne s'impose pas au juge qui, à défaut d'accord, « justifie dans le jugement qu'il prononce le montant des indemnités qu'il octroie », la décision judiciaire devant être motivée sur ce point comme sur les autres.

Par ailleurs, l'article L.1235-3 fixe à un minimum de six mois de salaire l'indemnité due au salarié victime d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse dès lors qu'il a au moins deux ans d'ancienneté dans une entreprise employant au moins 11 salariés. Il ne s'agit pas d'un forfait, puisque le juge peut évaluer le préjudice réellement causé par le licenciement à un montant bien supérieur à six mois de salaire - cadre âgé de plus de 50 ans, mère de famille monoparentale... - , qui reste un minimum.

Les dispositions de l'article L.1235-1 modifié par la loi Macron du 6 août 2015 prévoient que le juge « peut prendre en compte un référentiel indicatif » qui « fixe le montant de l'indemnité susceptible d'être allouée, en fonction notamment de l'ancienneté, de l'âge et de la situation du demandeur par rapport à l'emploi », et qui ne le lie que « si les parties en font conjointement la demande ».

Si le projet de loi soumis au Parlement n'évoque que pudiquement la fixation de référentiels et planchers obligatoires, le contenu des documents de travail dévoilés par la presse faisait état d'une volonté de « lisser le plancher » entre les salariés de plus de deux ans d'ancienneté dans des entreprises de plus de 11 salariés et les autres. Evidemment, dans le sens d'un rabaissement du plancher actuel de six mois...

Dans la première version de la loi du 8 août 2016, il était prévu que le minimum de six mois de salaire fixé par l'article L.1235-3 du code du travail soit remplacé par un plafonnement à trois mois de salaire si l'ancienneté du salarié était inférieure à deux ans, six mois pour une ancienneté de deux ans à cinq ans...

Il est pourtant évident que chaque licenciement est différent et que le préjudice qui en résulte ne peut être uniformisé. Le secteur d'activité, l'emploi occupé, la qualification, l'âge, la situation de famille du salarié sont autant de facteurs qui sont susceptibles de faire varier son préjudice en cas de licenciement.

Aucun élément ne justifie que le principe général de la réparation intégrale du préjudice de toute victime ne s'applique pas aux victimes d'un licenciement fautif, même si la faute n'est pas « d'une particulière gravité ».

Rappelons que le Conseil constitutionnel, qui juge que le principe selon lequel « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui », impose que le législateur ne puisse être fait obstacle à l'engagement de la responsabilité

d'autrui que pour un motif d'intérêt général, et s'il n'en résulte pas une atteinte disproportionnée aux droits des victimes ainsi qu'au droit à un recours juridictionnel effectif, conditions non réunies en matière de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Par ailleurs, qui accepterait par exemple qu'en matière d'accident de la circulation les victimes soient limitées dans leur droit à réparation ?

Quel est l'objectif du référentiel obligatoire si ce n'est d'assurer à certains, peu scrupuleux, la possibilité de violer les règles et de voir leur responsabilité limitée, au détriment des salariés - qui se voient privés à la fois d'emploi et d'une réparation juste de leur préjudice - et des employeurs qui respectent les règles. Emmanuel MACRON a pourtant plusieurs fois expliqué que la liberté des entreprises ne pouvait être dissociée de la responsabilité des employeurs. Or la barémisation obligatoire est l'exacte inverse de la responsabilisation, puisque qu'elle permet à l'employeur de connaître le prix de la violation de la loi.

### **Délai réduit pour saisir les conseils des prud'hommes : un nouvel obstacle à l'accès au juge**

Est établie d'ores et déjà une baisse importante - de l'ordre de 40% à Lyon et Paris - du nombre de saisines par les salariés depuis l'entrée en vigueur, en 2016, des décrets d'application de la loi Macron du 6 août 2015. Emblématique de la dynamique à l'œuvre dans les réformes successives du droit du travail qui, sous couvert de simplification, complexifie en réalité l'accès au droit et au juge. Les nouvelles dispositions - standardisation des formulaires de saisine, exigence d'un dossier complet au moment de la saisine - constituent un réel obstacle pour les salariés à faire valoir leurs droits en justice.

Malgré ce constat déjà inquiétant, l'article 3 1° d) autorise le Gouvernement, pour renforcer la prévisibilité, à prendre des mesures « réduisant les délais de recours en cas de rupture du contrat de travail ». Là encore, revient une mesure qui était restée à l'état de brouillon dans le projet de loi « sécurisation de l'emploi » du 14 juin 2013.

Le document de travail éventé par la presse faisait état d'un délai de deux mois, en lieu et place du délai de douze mois prévu actuellement pour contester son licenciement économique devant le conseil des prud'hommes. Il y a donc fort à craindre que la réduction du délai de recours se fasse dans ces proportions. Dans

les autres cas de licenciement, le délai pour contester la rupture de son contrat de travail est actuellement de deux ans. Rien n'empêchera le gouvernement de réduire également, potentiellement dans des conditions identiques, ce délai de recours.

L'évitement du juge, « ce gêneur », semble bien être l'un des objectifs de cette réforme.

Les justiciables, particulièrement dans ce domaine complexe, ont besoin d'un délai raisonnable pour saisir les juridictions. Des délais qui permettent réellement aux salariés de faire valoir leurs droits. Ils doivent être d'autant plus longs que l'action concerne la plupart du temps des personnes non familières du droit, de leurs droits et de la justice.

Il est impératif de mettre un terme à l'érosion continue des délais de saisine des juridictions en matière prud'homale, qui prive le justiciable de l'accès à son juge et donc d'un recours effectif.

Pour mémoire, si les prescriptions en matière de réparation des préjudices ne répondent pas toutes aux mêmes règles, il est pourtant clair qu'elles se comptent en nombre d'années.

Si la jurisprudence de la Convention européenne des droits de l'homme n'exclut pas des aménagements de l'exercice du droit d'agir en justice, elle ne permet pas, par ce biais d'atteindre sa substance-même. Elle encadre en effet cette limitation seulement si elle poursuit un but légitime et que les moyens employés sont raisonnablement proportionnés au but poursuivi. Aussi elle considère qu'un délai de prescription extinctif des droits est conforme au procès équitable comme garantissant la sécurité juridique que s'il n'est pas exagérément court.

Au vu des pistes envisagées, si cette mesure promet d'être efficace c'est donc bien dans l'obstacle qu'elle constituera à la contestation de son licenciement.

## **Modification des contours du critère des « difficultés économiques »**

Alors qu'elle avait été écartée lors de la première version de la loi du 8 août 2016 la question de la définition du périmètre d'appréciation de la cause économique est réintroduite dans le texte.

Au vu des documents de travail du ministère qui évoquaient un périmètre « au niveau national lorsque l'entreprise appartient à un groupe », c'est le retour annoncé, en creux, de la possibilité, dans le cadre d'un licenciement économique, de licencier en France pour une entreprise appartenant à un groupe mondial, même s'il présente des résultats prospères.

Selon une jurisprudence bien ancrée depuis 1995, les difficultés économiques permettant un licenciement de cet ordre, sont appréciées au niveau du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise, lorsque cette dernière appartient à un groupe. Ainsi le bien-fondé de la réorganisation, qu'elle soit justifiée par des difficultés économiques ou par la nécessité de sauvegarder la compétitivité, s'apprécie au niveau du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient.

Dans l'avant-projet de la loi du 8 août 2016, il était prévu que « la matérialité de la suppression, de la transformation d'emploi ou de la modification d'un élément essentiel du contrat de travail s'apprécie au niveau de l'entreprise » et que « l'appréciation des difficultés économiques, des mutations technologiques ou de la nécessité d'assurer la sauvegarde de sa compétitivité s'effectue au niveau de l'entreprise si cette dernière n'appartient pas à un groupe et, dans le cas contraire, au niveau du secteur d'activité commun aux entreprises implantées sur le territoire national du groupe auquel elle appartient. »

Cette disposition, si elle venait à être adoptée, écarterait - lorsque l'entreprise appartient à un groupe multinational - du périmètre d'appréciation des difficultés économiques ou des menaces sur la compétitivité, l'ensemble des filiales relevant du même secteur d'activité mais situées à l'étranger. Elle permettrait de justifier des licenciements prononcés pour délocaliser une filiale implantée en France après avoir créé artificiellement ses difficultés - en augmentant les redevances dues au groupe ou en cessant d'alimenter son activité par exemple - et ce, alors même que le groupe dégage des profits dans le reste du monde dans le même secteur d'activité. La mention dans le g) 2° de l'article 3 indiquant « en tirant les conséquences de la création de difficultés artificielles entre filiales d'un même groupe » ne suffit pas à rendre inopérants les arguments développés ci-dessus.

Par ces dispositions également le pouvoir du juge sera considérablement réduit, n'ayant plus la capacité de déterminer le périmètre géographique dans lequel l'intensité des difficultés de l'entreprise doivent être appréciées.