

Paris, le 25 août 2017

12-14 rue Charles Fourier  
75013 PARIS  
tel 01 48 05 47 88  
fax 01 47 00 16 05  
mail : [contact@syndicat-magistrature.org](mailto:contact@syndicat-magistrature.org)  
site : [www.syndicat-magistrature.org](http://www.syndicat-magistrature.org)

Monsieur le Président du Conseil constitutionnel  
Mesdames et Messieurs les membres du Conseil constitutionnel  
2, rue Montpensier  
75001 PARIS

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

Formulées par

Le Syndicat de la magistrature, dont le siège est 12/14 rue Charles Fourier,  
75013 PARIS, représenté par sa présidente en exercice, Clarisse TARON,  
domiciliée de droit au dit siège.

Monsieur le Président du Conseil constitutionnel,  
Mesdames et Messieurs les membres du Conseil constitutionnel,

Nous avons l'honneur, suite à la saisine du Conseil en vertu de l'article 61 alinéa  
1 de la Constitution, d'attirer votre attention sur les vices d'inconstitutionnalité

de la *loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social* afin que certaines dispositions de ce texte soient déclarées contraires à la Constitution.

Votre office, dans ce contrôle, est à la fois restreint et néanmoins réel, comme vous avez eu l'occasion de le préciser. Restreint car le contenu des ordonnances n'est connu que dans ses grandes lignes comme étant le « programme » qui réside dans les finalités des mesures que le gouvernement se propose de prendre. Cette méthode législative vous contraint ainsi à contrôler, non des formulations juridiques précises où s'identifient clairement des violations des règles et principes constitutionnels, mais des objectifs. C'est hélas souvent - comme le montre la vigueur du contentieux sur question prioritaire de constitutionnalité - dans les détails du droit écrit et mis en acte que les inconstitutionnalités apparaissent le plus clairement.

Votre contrôle demeure néanmoins réel. Votre Conseil a ainsi toujours rappelé l'évidence : le gouvernement n'est pas dispensé, dans l'édition des ordonnances « du respect des principes constitutionnels » (décision 81-134 DC) et toute décision de conformité qui pourrait être prise par votre Conseil le serait « sous l'expresse condition que (la loi d'habilitation) soit interprétée et appliquée dans le strict respect de la Constitution » (déc. 297 DC, considérant 15).

Ainsi, malgré les obstacles que le choix du recours à la législation par ordonnances oppose à votre contrôle, celui-ci doit s'exercer pleinement. Le « programme » gouvernemental fait d'ores et déjà clairement apparaître des violations de principes constitutionnels par des atteintes à l'égalité devant la loi mais aussi par la mise à l'écart du juge, et donc du droit à un recours effectif, dans un domaine où l'intérêt général commande la protection des droits du salarié dans une relation intrinsèquement inégale.

A ce stade, nos observations se concentreront sur un article qui manifeste de la façon la plus ostensible la négation de ces principes : celle visant à imposer au juge un référentiel obligatoire pour la fixation des dommages et intérêts en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

**Sur l'article 3 - 1° b) de la loi adoptée définitivement le 2 août 2017 autorisant le gouvernement à prendre par ordonnances toute mesure relevant du domaine**

**de la loi afin de « renforcer la prévisibilité et ainsi de sécuriser la relation de travail ou les effets de sa rupture pour les employeurs et pour les salariés mentionnés à l'article L.2211-1 du code du travail »**

Le b) du 1° de l'article 3 de la loi d'habilitation énonce quant à lui précisément que des dispositions des ordonnances à venir devront fixer un référentiel obligatoire, établi notamment en fonction de l'ancienneté, qui s'imposera au juge dans la fixation des dommages et intérêts alloués en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse à l'exclusion des licenciements entachés par une faute de l'employeur d'une exceptionnelle gravité.

Or, si dans le cadre de l'article 34 de la Constitution, la loi détermine les principes fondamentaux du droit du travail et si dans ce domaine, comme dans tous ceux qui lui sont réservés, elle peut adopter pour la réalisation d'objectifs de nature constitutionnelle des modalités dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité, c'est à la condition qu'elle ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel.

L'article 6 de la Déclaration de 1789 dispose que la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » et il est établi que ce principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit.

Par ailleurs, vous avez rappelé dans votre décision N°2010-8 du 18 juin 2010, qu'il résulte des termes de l'article 4 de la Déclaration de 1789 qu'en principe, tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer, et qu'il n'est pas fait obstacle à la mise en œuvre de cette exigence constitutionnelle - consistant en la faculté d'agir en responsabilité contre l'auteur du dommage - si le législateur aménage, pour un motif d'intérêt général, les conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée, notamment en apportant à ce principe des exclusions ou des limitations. Mais c'est à la seule condition qu'il n'en résulte pas une atteinte disproportionnée aux droits des victimes d'actes fautifs ainsi qu'au droit à un recours juridictionnel effectif qui découle de l'article 16 de la Déclaration de 1789.

De longue date, votre Conseil estime que lorsque le législateur restreint l'exercice de certains principes, droits ou libertés protégés par votre instance, il doit justifier son action par la poursuite d'un objectif d'intérêt général.

Devant une notion au contenu large et imprécis, le Conseil constitutionnel se doit d'être garant de son contenu qui permet de venir limiter l'exercice d'un droit ou d'une liberté protégée constitutionnellement. Cette éventuelle restriction législative compatible avec le contrôle de constitutionnalité que vous opérez doit répondre également à une condition de proportionnalité : la proportionnalité entre la finalité poursuivie et les moyens mis en œuvre pour y parvenir.

Dans votre décision du 18 juin 2010, pour venir limiter le principe de la réparation intégrale d'un préjudice, vous consacrez l'exigence que cette limitation soit justifiée par un motif d'intérêt général et qu'il n'en résulte pas une atteinte disproportionnée aux droits des victimes.

En l'espèce, le législateur met en avant l'objectif de « sécuriser la relation de travail ou les effets de sa rupture pour les employeurs et pour les salariés » pour venir limiter le droit à réparation des salariés par l'instauration d'un référentiel obligatoire. Derrière les termes du texte, il convient de préciser la nature réelle de l'objectif affiché. En réalité, derrière la « sécurisation » de l'employeur, il s'agit de lui permettre de provisionner le coût de la violation de la loi.

Dans votre décision n°2015-715 DC du 5 août 2015 par laquelle vous censuriez une précédente tentative de plafonnement, vous estimiez que « *le législateur a entendu, en aménageant les conditions dans lesquelles la responsabilité de l'employeur peut être engagée, assurer une plus grande sécurité juridique et favoriser l'emploi en levant les freins à l'embauche ; qu'il a ainsi poursuivi des buts d'intérêt général* » (considérant 151). Bien que récente, cette affirmation mérite aujourd'hui un réexamen de votre Conseil.

En effet, il n'est pas anodin de placer, comme vous l'avez fait, la source d'une prétendue « insécurité juridique » dans l'évaluation juridictionnelle du préjudice sur la base de données soumises au débat judiciaire, au demeurant pour beaucoup déjà connues de l'employeur (ancienneté, situation de famille, employabilité...). C'est d'autant plus préoccupant que le souci de cette « sécurité juridique » vise à prendre en compte la partie qui est non seulement

la plus forte dans une relation contractuelle par essence inégale, mais aussi celle qui a manqué aux règles légales en matière de licenciement.

Quant à la seconde affirmation contenue dans votre décision de 2015, tendant à faire du droit du licenciement un obstacle à l'embauche, bien que très répandue, elle fait l'objet de contestations vives en économie. Surtout, elle se méprend sur l'objet assigné au droit du travail qui a trait à la régulation de la relation de travail et ne saurait servir de levier à une quelconque politique de l'emploi.

Votre décision de 2015 imposait, pour assurer la constitutionnalité d'un dispositif de plafonnement, de « *retenir des critères présentant un lien avec le préjudice subi par le salarié* » et ajoutait que « *si le critère de l'ancienneté dans l'entreprise est ainsi en adéquation avec l'objet de la loi, tel n'est pas le cas du critère des effectifs de l'entreprise ; que, par suite, la différence de traitement instituée par les dispositions contestées méconnaît le principe d'égalité devant la loi* ».

Votre Conseil n'est toutefois pas lié par ce précédent, d'autant moins qu'il a eu l'occasion plus récemment de présenter sous un jour différent la problématique de l'indemnisation en matière prud'homale.

Dans une décision du 13 octobre 2016 (2016-582 QPC), vous indiquiez en effet, à l'occasion de la contestation d'un seuil minimal d'indemnisation accordée par le juge en cas de licenciement sans cause réelle ni sérieuse pour les salariés ayant plus de deux ans d'ancienneté dans une entreprises de plus de dix salariés, que « *dans la mesure où les dispositions contestées ne restreignent pas le droit à réparation des salariés, le législateur pouvait limiter le champ d'application de cette indemnité minimale en retenant le critère des effectifs de l'entreprise. Si pour les entreprises d'au moins onze salariés cette indemnité minimale a pour objet d'éviter les licenciements injustifiés, pour les entreprises de moins de onze salariés, l'indemnité correspondant au seul préjudice subi, fixée sans montant minimal, apparaît en elle-même suffisamment dissuasive. Le critère retenu est donc en adéquation avec l'objet de la loi, qui consiste à dissuader les employeurs de procéder à des licenciements sans cause réelle et sérieuse* ».

Et à cette occasion, vous souteniez qu'« *en visant à dissuader les employeurs de procéder à des licenciements sans cause réelle et sérieuse, les dispositions contestées mettent en œuvre le droit de chacun d'obtenir un emploi découlant du cinquième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946* » et qu'« *en*

*permettant au juge d'accorder une indemnité d'un montant supérieur aux salaires des six derniers mois en fonction du préjudice subi, le législateur a mis en œuvre le principe de responsabilité, qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789 ».*

Ainsi, vous avez consacré le droit à réparation ainsi que l'objectif de dissuasion de procéder à des licenciements injustifiés comme légitime, tout en tenant compte par ailleurs des objectifs du législateur n'ayant pas instauré de montant minimal d'indemnisation pour les salariés d'entreprises de moins de onze salariés, comptant moins de deux ans d'ancienneté, indiquant que dans ce cas, « *le législateur a entendu éviter de faire peser une charge trop lourde sur les entreprises qu'il a estimées économiquement plus fragiles en aménageant les conditions dans lesquelles la responsabilité de l'employeur peut être engagée* », mais c'est bien à la condition que ces dispositions « *ne restreignent pas le droit à réparation des salariés* ».

Il serait donc aujourd'hui incompréhensible, au vu de cette jurisprudence notamment, que vous validiez des dispositions venant limiter le droit à réparation d'un salarié victime d'un comportement fautif d'un employeur.

Le référentiel obligatoire impliquant un montant maximal d'indemnisation empêcherait de dissuader les employeurs de prononcer des licenciements injustifiés, ce qui entrerait en contradiction avec le droit de chacun d'obtenir un emploi découlant du cinquième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, garanti par votre Conseil.

Permettre à l'employeur de provisionner le prix de la violation de la loi ne peut décemment pas être reconnu comme un objectif d'intérêt général qui viendrait limiter le droit à indemnisation.

Dans les dispositions contestées, la prise en compte du salarié lésé par un acte fautif n'existe plus, ou très peu, la loi lui garantissant déjà actuellement clairement les conditions dans lesquelles son préjudice peut être réparé. Il est donc difficile de soutenir que l'objectif est la « sécurisation » des effets de la rupture de la relation de travail pour les salariés, les juges prenant en compte déjà les éléments pour évaluer leur préjudice tenant à des éléments personnels. C'est bien là que réside la véritable sécurisation.

Retenir des critères présentant un lien avec le préjudice subi par le salarié ne peut s'apprécier que *in concreto*, ce qui ne permet pas de consacrer un

référentiel. En effet, si l'ancienneté d'un salarié est un élément indubitablement déterminant dans l'évaluation du degré du préjudice subi - au vu des difficultés pour retrouver un emploi dans le contexte actuel et des avantages sociaux acquis au sein de l'entreprise notamment - il ne peut être le seul. Pour évaluer le préjudice réellement causé, il est nécessaire de prendre en compte d'autres éléments personnels au rang desquelles on peut citer l'âge ou la situation familiale du salarié. Cette dernière sera ainsi essentielle pour l'évaluation du préjudice subi ( par exemple par une mère de famille monoparentale) ainsi que pour déterminer la nature de ses qualifications, les caractéristiques du bassin d'emploi pour chaque domaine et fonction concernés, qui entreront en ligne de compte pour connaître sa capacité à retrouver un emploi.

Le fait pour le législateur de prévoir que la commission par l'employeur d'une faute d'une *exceptionnelle gravité* permettra seule de déroger au référentiel obligatoire est défini dans des termes trop vagues pour répondre à l'exigence d'intelligibilité de la loi et même, paradoxalement, au principe de sécurité juridique. Quels types de fautes recouvrera ce critère d'« exceptionnelle gravité » ?

La rédaction laisse en outre penser que l'« exceptionnelle gravité » est une réalité autonome, sans lien avec la situation du salarié qui la subit ou la nature de la relation contractuelle (sa durée par exemple). Il faut pourtant le rappeler : la détermination de ce caractère exceptionnel n'est pas subordonnée à la situation du salarié mais nécessite d'en tenir compte. A action égale de l'employeur, le même acte revêtira des degrés différents de gravité selon la situation du salarié. Et cette évaluation au cas par cas est intrinsèque au principe même de réparation. Tel salarié pourra prétendre à une réparation intégrale là où à situation égale tel autre se verra opposer un référentiel obligatoire venant limiter ses droits à indemnisation.

Ici, la réparation ne dépend plus des conséquences de l'acte sur la victime, base du principe de réparation du préjudice, mais de la nature de l'acte commis par l'employeur, accréditant au passage la limitation de la réparation pour une faute qui ne serait pas d'une « exceptionnelle gravité », la version initiale soumise au débat mentionnant une faute d'une « particulière gravité », notion plus large que le terme exceptionnel.

Si l'article L1235-1 du code du travail prévoit, devant le bureau de conciliation du conseil des prud'hommes, la possibilité pour l'employeur et le salarié de convenir du versement d'une indemnité forfaitaire dont le montant est

déterminé en référence à un barème fixé par décret en fonction de l'ancienneté du salarié, il ne s'agit que de la phase de conciliation. Pour la suite, le référentiel invoqué devant le juge n'est qu'indicatif : il ne peut jamais lui être imposé en cas de désaccord entre le salarié et l'employeur.

Permettre la limitation du droit à réparation du salarié - partie la plus vulnérable dans la relation de travail, le droit du travail ayant pour fonction de rétablir l'équilibre - pour répondre à une chimérique protection de l'emploi dont il est établi aujourd'hui qu'elle correspond à des mécanismes complexes, pour laquelle n'a jamais été établi de lien avec le niveau d'indemnisation des comportements fautifs, serait une atteinte totalement disproportionnée au droit à réparation.

Devant l'ampleur des enjeux et des analyses aussi variées que divergentes sur la question, vous vous devez de prendre en compte la complexité de la situation. Au-delà de toutes les productions documentaires et scientifiques sur le sujet, il est utile de rappeler que, dans une note du 20 juin 2017 publiée par l'INSEE et relative aux barrières à l'embauche ressenties par les entreprises, les deux motifs principalement avancés sont l'incertitude économique et la difficulté à trouver une main d'œuvre compétente. Autant d'éléments qui ne pourraient plus vous permettre d'écrire, comme en 2015, que « *le législateur pouvait, afin de favoriser l'emploi en levant les freins à l'embauche, plafonner l'indemnité due au salarié licencié sans cause réelle et sérieuse* » sans aller plus avant dans la motivation.

Il ne faut dès lors pas assimiler le fait de lutter contre le chômage en favorisant l'emploi de tous, objectif d'intérêt général, et celui de donner satisfaction à certains employeurs qui réclament de longue date la même prévisibilité du coût maximum d'un licenciement abusif et d'un licenciement justifié - indemnités de licenciement, de préavis, de congés payés .

Vous ne pourrez ainsi que déclarer inconstitutionnel le b) du 1° de l'article 3 de la loi d'habilitation qui porte une atteinte disproportionnée au droit des victimes d'actes fautifs, découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.