

Derrière « le pragmatisme » des ordonnances, la perversion des droits fondamentaux du travail

par Marie-Laure MORIN, Docteur en droit (1)

PLAN

- I. Le référendum d'entreprise
- II. Le principe de la liberté syndicale, confiance ou méfiance ?
- III. La liberté contractuelle : la confusion entre l'accord collectif et le contrat individuel
- IV. La confusion entre le risque et la faute

En présentant les ordonnances, le Gouvernement a affirmé vouloir changer l'esprit du droit du travail. De fait, il ne s'agit plus prioritairement de protéger les salariés – fonction historique du droit du travail, compte tenu de l'inégalité consubstantielle à la subordination – grâce au développement des droits collectifs et des règles minimales d'ordre public. Il s'agit d'abord de « réorganiser » (2) ces mêmes droits collectifs et celui du licenciement, pour « permettre » une plus grande latitude de décision dans l'entreprise, soit, en langage « macronien », « pour libérer les énergies ». La protection (des salariés) n'est que la dernière des préoccupations qui doit se conjuguer avec celle des employeurs contre le risque judiciaire ! Rien d'ailleurs dans les ordonnances *Macron*, placées pourtant sous le sceau du dialogue social, n'augmente les droits collectifs des salariés, au contraire ; rien non plus sur la codétermination ou la cogestion, qui font pourtant la force des entreprises allemandes (3).

Ce changement d'esprit du droit du travail ne procède pas seulement du pragmatisme managérial affiché par le Gouvernement pour obtenir la flexibilité des entreprises et du marché du travail que dictent les politiques économiques néolibérales actuelles. Il procède aussi d'une perversion insidieuse des principes fondamentaux et des droits fondamentaux des travailleurs sur lesquels le droit du travail s'est construit. Cette perversion aboutit, en droit comme en fait, à un élargissement du pouvoir patronal. On nous dira qu'il faut répondre aux changements du travail ! Peut-être, mais, d'une part, le contenu des réformes n'a pas de lien évident avec ces changements (mis à part le télé-travail, qui pourra faire l'objet d'un accord que rien n'interdisait auparavant) ; les ordonnances ne traitent ni du développement du numérique, ni des conditions de travail contemporaines, sources de souffrance au travail, ni de l'ubérisation, etc. En réalité, on attend du dialogue social une réponse à ces questions. C'est une option possible. Encore faut-il que le dialogue social soit réel et que les principes fondamentaux qui président à son institution ne soient pas biaisés ou violés. Sinon, ce dialogue risque de relever d'une confusion des genres entre négociation collective et décision patronale unilatérale, qui ne peut qu'attiser la méfiance tant vis-à-vis des syndicats que des direc-

tions d'entreprise. Encore faut-il, aussi, que l'on ne confonde pas, en matière de licenciement, le régime de réparation du risque, qui peut être forfaitaire et celui de la faute, qui engage la responsabilité de son auteur, sauf à faire peser sur le salarié injustement licencié et sur la collectivité le poids du préjudice de la perte injustifiée de l'emploi, qui peut être considérable. Or, les ordonnances procèdent bien de ce genre de perversion !

Qu'on en juge : 4 droits fondamentaux des travailleurs, constitutionnellement ou internationalement reconnus, sont malmenés, et donc, selon nous, violés, par les ordonnances *Macron* :

- le principe de participation, et spécialement le droit à la négociation collective (al. 8 du préambule de la Constitution, convention 98 et recommandation 91 de l'Organisation internationale du travail) ;
- le principe de la liberté syndicale (al. 6 du préambule de la Constitution, convention 87 de l'OIT) ;
- le principe de la liberté contractuelle (art. 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 et art. 1 du protocole additionnel n°1 de la CEDH) ;
- le droit au procès équitable (art. 6 de la CEDH), ainsi que le principe de la protection contre le licenciement (l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée de 1996) (4).

(1) M.-L. Morin a été Directrice de recherche au CNRS et Conseiller à la Chambre sociale de la Cour de cassation.

(2) « Réorganiser, permettre, protéger », c'est par ces mots que le Premier ministre a caractérisé l'esprit du droit du travail en présentant les ordonnances le 31 août 2017.

(3) G. Duval, *Made in Germany, le modèle allemand au-delà des mythes*, Seuil, 2013.

(4) Sur l'éventuelle violation de l'article 24 de la Charte, v. J. Mouly, « Le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié devant le comité européen des droits sociaux », *Dr. Soc.* 2017, p. 745.

Au regard de ces principes, trois séries de dispositions des ordonnances sont très discutables.

– Le référendum à l’initiative de l’employeur, ouvert plus ou moins dans toutes les entreprises (entreprises de 10 salariés et moins : article 8 § 1 du projet d’ordonnance, nouvel art. L. 2232-21 et s. du Code du travail ; entreprise de 11 à 20 salariés : art 8 § 2, nouvel article L.2232-23-1 du Code du travail ; dans les autres entreprises, lorsqu’un projet est refusé par des syndicats majoritaires dans l’entreprise : article 10-I modifiant l’article L.2232-12- I du Code du travail) ;

– Les accords dit de « compétitivité », prévus par l’article 3 de l’ordonnance sur la négociation collective, modifiant et étendant le régime des accords prévus à l’article L. 2254-2 du Code du travail, en raison de leurs effets sur le contrat individuel de travail ;

– Le plafonnement des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, c’est-à-dire fautif, qui traite le recours au juge comme un risque calculable et assurable et limite la protection contre le licenciement.

I. Le référendum d’entreprise

Le référendum est ouvert de droit dans les entreprises de moins de 10 salariés et dans celles entre 11 et 20 salariés en l’absence de délégués syndicaux et d’élus de personnel (5). Dans ces deux situations, la décision unilatérale de l’employeur, soumise à référendum et approuvée à la majorité des 2/3 des salariés de l’entreprise, vaut accord collectif. Dans les entreprises de 10 à 20 salariés, c’est donc l’absence de toute représentation élue qui autorise la négociation directe avec le personnel.

Dans les entreprises de plus de 10 salariés et de moins de 50 salariés, à défaut de délégué syndical, s’il existe une représentation du personnel élue, la négociation peut être conduite soit par une personne mandatée par une organisation syndicale représentative ou directement par l’organisation syndicale elle-même, soit avec un ou plusieurs élus. Il n’y a donc pas de priorité à la négociation syndicale (6).

Les dispositions qui autorisent le référendum d’entreprise dans les entreprises jusqu’à 20 salariés, sans la moindre tentative de négociation avec un syndicat ou un salarié mandaté, procèdent d’une perversion de la notion même d’accord collectif, au sens tant du principe de participation (al. 8 du préambule de la Constitution) que de la convention 98 de l’OIT (complétée par la recommandation 91 de l’OIT, qui donne la définition de ce qu’il faut entendre par accord collectif).

Selon l’alinéa 8 du préambule de la Constitution, « tout salarié participe par l’intermédiaire de ses délégués à la détermination collective de ces conditions de travail ». Pour négocier collectivement, il

faut donc des délégués (élus ou syndiqués). La même conception préside à la définition de la convention collective au sens de l’OIT. Le Comité de la liberté syndicale a rappelé que « *La recommandation (n°91) sur les conventions collectives dispose que « Aux fins de la présente recommandation, on entend par «convention collective» tout accord écrit relatif aux conditions de travail et d’emploi conclu entre, d’une part, un employeur, un groupe d’employeurs ou une ou plusieurs organisations d’employeurs, et, d’autre part, une ou plusieurs organisations représentatives de travailleurs, ou, en l’absence de telles organisations, les représentants des travailleurs intéressés, dûment élus et mandatés par ces derniers, en conformité de la législation nationale »*. À ce propos, le Comité a souligné que ladite recommandation « *met l’accent sur le rôle des organisations de travailleurs en tant qu’une des parties à la négociation collective. La négociation directe conduite entre l’entreprise et son personnel, en feignant d’ignorer les organisations représentatives existantes, peut, dans certains cas, être contraire au principe selon lequel il faut encourager et promouvoir la négociation collective entre les employeurs et les organisations de travailleurs* » (7).

Le Comité de la liberté syndicale avait précédemment admis que « *La recommandation (n°91) sur les conventions collectives, 1951, donne la préférence, en ce qui concerne l’une des parties aux négociations collectives, aux organisations de travailleurs et ne mentionne les représentants des travailleurs non organisés qu’en cas d’absence de telles organisations. Dans ces conditions, une négociation directe conduite entre l’entreprise et son personnel, en feignant*

(5) Les délégués syndicaux ne sont obligatoires qu’à partir de 50 salariés, le comité économique et social l’est à partir de 11 salariés (comme les anciens délégués du personnel).

(6) L’accord négocié avec un salarié mandaté doit être validé par un accord de la majorité du personnel ; lorsque l’accord est négocié

par des élus du personnel, mandatés ou non, il doit être approuvé par des membres du comité économique et social représentant la majorité des suffrages exprimés aux dernières élections.

(7) 290 rapport, cas n° 1612.

d'ignorer les organisations représentatives existantes, peut, dans certains cas, être contraire au principe selon lequel il faut encourager et promouvoir la négociation collective entre les employeurs et les organisations de travailleurs » (8).

On peut en déduire que la négociation collective suppose nécessairement la présence de représentants élus ou syndicaux, à l'exclusion de la négociation directe avec le personnel.

Qu'est-ce qui justifie une telle solution, que d'aucuns pourraient qualifier de doctrinaire ? Dans les petites entreprises, le pragmatisme n'invite-t-il pas à un dialogue direct entre les salariés et l'employeur (raison invoquée avec constance par les PME, qui ont toujours refusé que des commissions paritaires syndicales externes à l'entreprise ou des délégués de sites aient la moindre compétence de négociation) ?

Il y a, à cette solution qui résulte de la lettre même des textes, au moins 2 raisons :

– La première est que, même dans un référendum, un salarié ne vote qu'en fonction de son intérêt personnel, il n'y a rien qui l'oblige à tenir compte de la collectivité de travail. Le délégué élu ou syndical, en raison de sa désignation, est un représentant non pas des salariés individuellement, mais de la collectivité des travailleurs. Et c'est cette représentation de la collectivité qui assure l'égalité dans la négociation collective, qui n'existe pas dans le contrat individuel de travail. Bref, une collectivité de travail, même petite, ce n'est pas qu'une somme de contrats individuels... (même si la théorie économique standard reste incapable de penser le collectif ou l'organisation).

– La seconde raison, fondamentale, est que l'appartenance ou le mandat syndical garantit l'indépendance du négociateur ou du groupe de négociateurs par rapport à l'employeur, tout comme l'élection qui oblige à rendre des comptes aux salariés. Cette indépendance est un élément constitutif de la négociation loyale, selon l'ordonnance elle-même (nouvel article L.2232-29, mais qui ne concerne que les salariés mandatés ou les élus (mandatés ou non) qui conduisent les négociations).

Ajoutons, et c'est aussi essentiel, que la technique même du référendum dans les petites entreprises exclut un réel processus de négociation, puisque, selon l'article L.2232-21, le « *projet d'accord* » est « *présenté par l'employeur* ». On ne sait pas comment ce projet est préparé ou négocié. Car la seule réponse à un référendum, par oui ou par non, exclut en elle-même toute négociation des termes du projet.

La décision du Conseil constitutionnel du 7 septembre 2017 (9) n'infirme pas cette analyse, car le Conseil ne s'est prononcé que sur la possibilité de valider un accord déjà négocié par une consultation des salariés à l'initiative des organisations syndicales, de l'employeur ou des deux (article 1-2 b de la loi d'habilitation), mais non pas sur la procédure de référendum direct proposé par un employeur. Or, ici, il n'y a pas d'accord déjà conclu, ce qui suppose une négociation avec des négociateurs syndicaux ou élus indépendants, il y a seulement un projet d'accord.

L'acte issu d'un référendum d'entreprise relève donc juridiquement plus d'une décision patronale acceptée individuellement, fût-ce par les deux tiers des salariés, qu'à un accord collectif dont le contenu a été négocié.

Et on ne peut pas confondre l'effet juridique d'un accord collectif et d'une décision unilatérale de l'employeur sans risques graves de perte de confiance dans l'entreprise. L'employeur, lorsqu'il prend une décision unilatérale, reste lié par les termes des contrats individuels ; s'il veut les modifier, il doit en faire la proposition (acceptée ou non). L'accord collectif, lui, parce qu'il s'agit d'un acte collectif, « s'applique » au contrat de travail, sauf clause plus favorable (on y reviendra). Or, le référendum *Macron* permet aujourd'hui à l'employeur de faire tout ce qui nécessite normalement un accord collectif, y compris de proposer un accord de compétitivité nouvelle formule qui permet une réduction de salaire, sans que le salarié n'ait d'autre choix que de quitter l'entreprise. Ce n'est ni fondé juridiquement, ni même raisonnable, fût-ce dans une petite entreprise. Rien n'interdit, si véritablement le mandatement ne marche pas comme l'avance le Gouvernement, de demander un appui pour la négociation ou une validation de l'accord à une commission paritaire professionnelle ou interprofessionnelle, bref l'intervention d'une instance indépendante et en capacité de représenter l'intérêt collectif, pour assurer qu'il y a vraiment une négociation collective. Outre le mandatement, il existe de multiples solutions pour que les salariés des petites entreprises puissent être représentés par des délégués. À cet égard, le recours au référendum d'entreprise est surtout l'expression d'une méfiance vis-à-vis de toute forme de représentation dans ces entreprises.

En outre, dans l'ordonnancement juridique des relations de travail, le pouvoir patronal d'un côté,

(8) Recueil 1985, § 608.

(9) DC 2017-751.

la négociation collective de l'autre sont deux pôles majeurs qui doivent rester distincts (10), précisément afin que l'indépendance des acteurs de la négociation collective permette de trouver les zones

de compromis utiles. Le risque d'une telle confusion est l'affaiblissement de la négociation collective, alors même que l'on prétend la privilégier par rapport à la loi.

II. Le principe de la liberté syndicale, confiance ou méfiance ?

En vertu du principe de la liberté syndicale, tant au regard de la Constitution que de la convention 87 de l'OIT, l'employeur ne doit rien faire qui porte atteinte à cette liberté. Il ne peut, en particulier, négocier avec des élus que si cela « n'a ni pour objet, ni pour effet de faire obstacle à (l'action) des organisations syndicales représentatives ». Cette formule est celle du Conseil constitutionnel (11). Le Comité de la liberté syndicale retient une solution analogue. On peut aussi discuter de la validité du référendum dans les petites entreprises de ce point de vue, en l'absence de toute recherche préalable de négociation avec un représentant mandaté ou élu.

On peut en discuter plus encore dans les grandes. Le Gouvernement veut promouvoir rapidement la généralisation de l'accord majoritaire – c'est-à-dire signé par des syndicats représentatifs représentant la majorité des suffrages exprimés lors des élections professionnelles, en faveur des seules organisations représentatives (12). On sait que, depuis la loi *El Khomri*, pour éviter des blocages, les syndicats minoritaires représentant 30 % des suffrages exprimés peuvent organiser un référendum. Pour le Comité de la liberté syndicale de l'OIT, dès lors que l'initiative revient aux syndicats, cela paraît possible. Il a, par exemple, considéré que « Lorsque l'offre directement formulée par l'entreprise à ses travailleurs ne faisait que reprendre les propositions déjà faites au syndicat et que celui-ci avait rejetées et si l'on en venait, par la suite, à reprendre les négociations entre l'entreprise et le syndicat, (...), les plaignants n'ont pas fait dans une telle situation la preuve qu'il y a eu violation des droits syndicaux » (13). Autrement dit, dès lors qu'il y a une nouvelle initiative syndicale, le principe est respecté.

Or, dans l'hypothèse du référendum d'initiative patronale dans les grandes entreprises prévu par le projet d'ordonnance, il n'y a aucune reprise de négociation avec un syndicat, ni même initiative syndicale. L'article 10 du projet d'ordonnance prévoit,

en effet, que, lorsque l'accord n'est pas signé par des organisations majoritaires dans les conditions prévues à l'article L. 2232-12 du Code du travail, « l'employeur peut demander cette consultation (des salariés), en l'absence d'opposition de l'ensemble de ces organisations ». Le « ces » désigne les organisations minoritaires qui peuvent demander l'organisation de cette consultation. Il en résulte qu'il suffit que l'une de ces organisations minoritaires ne s'oppose pas à l'organisation de la consultation pour que l'employeur puisse organiser seul cette consultation (dit autrement, si les syndicats majoritaires refusent de signer, il suffit de l'accord implicite d'un syndicat minoritaire pour que l'employeur puisse organiser le référendum... divisons pour régner !).

Certes, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 7 septembre 2017, a validé la loi d'habilitation (article 1-2b) qui habilite le Gouvernement à organiser la consultation des salariés pour valider un accord, soit à l'initiative des syndicats, de l'employeur ou des deux, en relevant que cette habilitation ne constituait pas « en elle-même une violation du principe de participation ou de celui de la liberté syndicale ». Mais peut-on admettre qu'un seul syndicat minoritaire, voire très minoritaire (10 % des suffrages exprimés au minimum), par son seul silence, permette le référendum patronal sur le projet d'accord, contre l'avis des autres organisations syndicales présentes dans l'entreprise, alors même qu'aucune renégociation n'a eu lieu ? C'est une curieuse conception de la liberté syndicale. Il nous semble qu'une telle solution, qui a pour effet, sinon pour objet, d'affaiblir les syndicats majoritaires dans l'entreprise, est contraire au principe de la liberté syndicale.

(10) La négociation collective n'a-t-elle pas pour objet de fixer, avec l'employeur qui l'accepte, dans l'intérêt des salariés comme de l'entreprise, des limites au pouvoir patronal, comme le soulignait justement, il y a 40 ans, G. Lyon-Caen....

(11) 96-383 DC 6 novembre 1996.

(12) Cette limitation de l'assiette de calcul de la majorité en limite déjà la portée ; mais passons.

(13) Voir Recueil 1985, § 610.

III. La liberté contractuelle : la confusion entre l'accord collectif et le contrat individuel

La discussion sur l'effet impératif de l'accord collectif sur le contrat de travail est aussi vieille que la reconnaissance de la négociation collective en droit français. Comment faire pour qu'un accord collectif qui n'est pas signé par un salarié, mais par un syndicat, s'impose à lui et à son employeur, tout en préservant sa liberté individuelle ?

La réponse du droit français tient en trois propositions qui datent de la loi fondatrice de 1936 : les syndicats sont représentatifs de l'intérêt collectif de la collectivité des salariés, ils ne représentent pas chaque salarié individuellement comme le ferait un mandataire. En conséquence, l'accord collectif ne s'incorpore pas au contrat de travail qu'il ne peut pas modifier, il s'impose à lui comme le ferait une loi d'ordre public, il paralyse, mais n'annule pas, les clauses contraires, « *sauf clause plus favorable* » (14). En d'autres termes, l'accord collectif ne vaut pas contrat de travail (à la différence du droit américain, par exemple), ni ne s'incorpore à lui, il agit comme une règle extérieure au contrat.

Cette solution traditionnelle permet aux salariés de bénéficier de droits conventionnels minimaux, en évitant ainsi le dumping social ; elle préserve la possibilité de négocier des clauses particulières ou plus favorables. Les employeurs, dans les années 80/90, au nom de l'individualisation des relations de travail, ne s'en sont pas privés.

Ajoutons que cette construction des relations entre l'accord collectif et le contrat de travail ne relèvent pas de la problématique de la hiérarchie des normes conventionnelles ou légales, car le contrat de travail ne fixe pas des règles, mais des obligations individuelles (soumises aux règles conventionnelles). L'accord collectif a une fonction réglemентаire (reconnue par le Conseil constitutionnel) que le contrat individuel ne peut évidemment pas avoir. La problématique des relations entre l'accord collectif et le contrat de travail est donc spécifique. Compte tenu de la fonction réglemентаire de l'accord collectif, elle se rapproche en réalité des rapports entre la loi et le contrat. Ce rapport, qui interdit toute incorporation de l'accord collectif dans le contrat ou toute modification du contrat individuel par la seule application de l'accord collectif, préserve la liberté individuelle, elle est au fondement du droit français de la négociation collective. C'est pourquoi on pourrait tout à fait consi-

dérer que le principe de l'application de l'accord collectif « *sauf clause plus favorable* », qui a toujours structuré notre droit de la négociation collective, est un principe fondamental de la République, au sens constitutionnel du terme.

Or, sur ce point, le projet d'ordonnance étend, dans son article 3, très largement le champ et l'objet des accords dits de « compétitivité » introduits par la loi *El Khomri*. Aux termes de cette harmonisation, ces accords peuvent désormais avoir pour objet non seulement la préservation de l'emploi, mais aussi son développement ou le bon fonctionnement de l'entreprise. Ces accords peuvent porter sur la durée et l'aménagement du temps de travail, la rémunération, la mobilité professionnelle. Ce champ extrêmement large recouvre des éléments essentiels du contrat de travail, dont la modification nécessite l'accord du salarié. Le respect de l'architecture classique de l'accord collectif et du contrat de travail voudrait que l'accord moins favorable que le contrat du salarié ne puisse par lui-même modifier le contrat, mais aussi que le salarié puisse continuer à se prévaloir des clauses plus favorables, sauf à l'employeur à lui proposer une modification de son contrat et, en cas de refus, à procéder à un licenciement pour cause économique (il s'agit, en effet, d'une cause de rupture qui n'est pas inhérente à la personne du salarié, et qui est donc, par définition, économique selon les directives européennes).

Cette architecture, le Medef veut depuis longtemps la briser, au moins depuis que la négociation collective a acquis une fonction gestionnaire avec l'ouverture des facultés de dérogations. Mais ce n'est pas parce que plus de latitude d'action est donnée aux entreprises par la négociation collective qu'il faut nécessairement soumettre le contrat individuel ! Et cela même si l'accord est majoritaire, car la majorité ne change rien au fait que les syndicats ne représentent pas individuellement les salariés, simplement elle garantit une négociation plus équilibrée.

Or, le projet d'ordonnance, à propos de ces accords de compétitivité, nous dit que les clauses de l'accord « *se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail ... y compris en matière de rémunération de durée du travail* », etc. Autrement dit, le salarié ne peut plus se prévaloir de son contrat de travail plus favorable, le contrat est

(14) Cette possibilité d'accord individuel plus favorable figurait déjà dans la première loi de 1920 sur les accords collectifs !

modifié de plein droit et le salarié peut juste refuser la modification, sauf à faire l'objet d'un licenciement nécessairement justifié....

Là encore, il y a donc une perversion de mécanismes fondateurs du droit de la négociation collective. Et cette règle qui régit aujourd'hui les seuls accords de compétitivité ne peut pas être considérée comme une simple exception limitée à la règle générale rappelée ci-dessus, car le mécanisme de modification du contrat individuel par l'accord collectif supposerait que la représentation des salariés repose sur d'autres fondements juridiques. Répétons-le, le droit français, qui préserve la liberté individuelle, ne fait pas des syndicats des représentants des salariés à titre individuel ! Les syndicats ne peuvent pas donc négocier à leur place les conditions du contrat de travail.

Certes, en matière d'organisation du travail (modulation) et alors que l'on pouvait se demander si ce mode d'organisation modifiait ou non le contrat individuel, le législateur avait décidé, il y a quelques années, que l'introduction de la modulation ne constituait pas une modification du contrat ; le Conseil constitutionnel (15) avait alors exclu toute atteinte au principe de la liberté contractuelle dans la mesure où la nouvelle forme d'organisation résultait d'un accord collectif (relevant du principe de participation), mais sans se prononcer sur la question de savoir si la modulation apportait ou non une modification au contrat (cette question peut se discuter juridiquement, car l'organisation du travail a nécessairement une dimension collective). L'économie des accords de compétitivité dans les projets d'ordonnance va beaucoup plus loin, puisqu'ils peuvent porter sur la rémunération ou la mobilité, c'est-à-dire indiscutablement sur des éléments essentiels du contrat. Et il ne s'agit pas seulement d'accords pour préserver ou développer l'emploi, mais aussi pour assurer le bon fonctionnement de l'entreprise, ce qui veut tout et rien dire. Quels sont les accords qui n'entreront pas dans ce régime ? Peut-on considérer qu'une exception aussi vaste répond à un « *intérêt général suffisant* », pour reprendre l'expression du Conseil constitutionnel ? L'appréciation du bon fonctionnement des entreprises relève-t-elle de l'intérêt général ou des intérêts privés des entreprises ? Quant à l'emploi, rien n'oblige à introduire dans l'accord en question des garanties d'emploi, lesquelles devraient résulter de la

simple augmentation de la « *compétitivité* »..., ce qui relève de la gouvernance par les nombres et non par le droit. Rappelons aussi que ces accords pourront être adoptés par simple référendum dans les petites entreprises.

À cet égard, la violation de la liberté contractuelle, qui résulte de l'application d'un accord de compétitivité doté d'une fonction réglementaire comme tout accord collectif, est en tous points semblable à celle qu'une loi peut provoquer en modifiant les clauses antérieures d'accord collectif, ce que le Conseil a déjà censuré (16).

Enfin, et c'est aussi essentiel, la rémunération, le salaire, élément majeur du contrat individuel, peut être considéré comme un bien au sens du protocole n°1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, en ce sens que le salarié peut avoir une attente légitime à ce que, toutes choses égales par ailleurs, le niveau de son salaire soit au moins maintenu. Admettre qu'un accord collectif puisse diminuer le salaire individuel, n'est-ce pas porter atteinte à un « bien » ?

Toutes ces considérations ne diminuent en rien la valeur, l'effet juridique et les garanties que peut apporter un accord collectif majoritaire, mais elles ont pour objet, là encore, de mettre en garde contre la confusion des genres : l'accord collectif ne vaut pas contrat individuel de travail dans notre droit, le salarié doit rester libre d'accepter ou de refuser. Et s'il refuse la diminution de salaire résultant d'un accord, il doit pouvoir contester la cause de ce licenciement et donc la légalité de l'accord.

À ce sujet, une remarque sur le contentieux des accords. Selon l'article 4 de l'ordonnance sur la négociation collective, les accords collectifs sont présumés avoir été négociés et conclus légalement. La preuve de l'illégalité pèse sur celui qui l'invoque. Quelle curieuse solution (qui procède d'une généralisation hasardeuse d'une jurisprudence limitée à la question du respect du principe d'égalité dans les accords collectifs) ! L'accord collectif fixe des règles, il a une fonction réglementaire constitutionnellement reconnue, sa légalité devrait donc pouvoir être contrôlée par le juge sans qu'il y ait de problème de preuve, l'accord est légal ou il ne l'est pas. D'ailleurs, le régime de contestation des accords est calqué sur celui de contestation des actes réglementaires : deux mois.

(15) DC 15 mars 2012.

(16) Ajoutons que la décision du Conseil Constitutionnel sur la loi d'habilitation se borne à constater que la loi d'habilitation peut prévoir l'harmonisation du régime juridique des accords de compétitivité, mais sans rien dire de la question de la violation

de la liberté contractuelle, qui n'était d'ailleurs pas en cause dans la loi d'habilitation, puisque le régime d'harmonisation n'était pas défini, non plus que le champ de ces accords, et en particulier la rémunération.

Curieusement, ce délai n'est pas prolongé au profit de celui qui ignore, à bon droit, que l'accord lui sera opposé et que son contrat, par exemple, s'en trouvera modifié. La logique voudrait alors qu'on puisse contester l'accord par voie d'exception. Le projet n'en dit rien. Et *quid* encore du régime de l'extension des accords ? Deviendrait-il alors impossible d'en contester la légalité au fond ? Finalement, l'accord serait-il plus incontestable que le règlement, ou même la loi dont la constitutionnalité peut être critiquée sans délai ? Bref, le régime des actions en justice contre les accords collectifs procède aussi d'un curieux méli-mélo.

Quoi qu'il en soit, le régime juridique des accords de compétitivité, qui pourrait préfigurer, à terme, du régime de tous les accords, pervertit sans justification autre que managériale les relations entre l'accord collectif et le contrat de travail. Il faut que tout le monde cède aux impératifs de la « compétitivité », le contrat de travail ne peut plus être plus favorable ! Pour autant que l'on sache définir concrètement ce que signifie exactement « l'exigence de compétitivité », est-on sûr que ce bouleversement de l'architecture essentielle à l'ordonnement des relations de travail entre l'accord collectif et le contrat individuel est nécessaire à la « compétitivité » ?

IV. La confusion entre le risque et la faute

L'institution d'un barème des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse procède d'une idée simple, mais pas nécessairement juste. Le (petit) patron qui licencie ne sait pas toujours si la cause du licenciement qu'il a prononcé est valable ou non, il y a donc un risque prud'homal, le risque que le licenciement ne soit pas reconnu fondé et qu'il y ait des indemnités, peut-être exorbitantes !

Ce raisonnement appelle au moins trois observations.

– Premièrement, le fait que le licenciement doit être fondé sur une cause réelle et sérieuse, c'est-à-dire sur un motif valable selon la Convention 158 de l'OIT, est un droit fondamental. L'emploi qui assure aux salariés leurs moyens d'existence est un bien aussi précieux pour le salarié que l'entreprise pour l'employeur. Et c'est pourquoi la Charte sociale européenne révisée de 1996 affirme, dans son article 24, le droit du salarié à la protection contre le licenciement. Du point de vue constitutionnel, le droit du licenciement conjugue d'ailleurs ces deux exigences constitutionnelles que sont la liberté d'entreprendre et le droit à l'emploi.

Les motifs valables de licenciements sont nombreux, il y a le motif économique, lié aux aléas de l'activité économique de l'entreprise, l'incompétence professionnelle, qui peut tout à fait être un motif valable de licenciement, à condition que l'employeur ait fourni au salarié les moyens nécessaires à atteindre ses objectifs, la faute du salarié (disciplinaires ou autre), etc... Motif personnel, motif économique, nombre de licenciements sont fondés. Le licenciement est tout à fait possible. De plus, il est toujours possible de procéder à une rupture conventionnelle. Ce dont connaissent les prud'hommes, ce

sont les licenciements litigieux et ce ne sont pas les plus nombreux (17).

Ajoutons que, sur ce point, les ordonnances ne font pas preuve de beaucoup de rigueur car, au regard de la Convention 158 de l'OIT, le droit à être licencié pour un motif valable est un droit fondamental. Or, les ordonnances excluent du barème les licenciements prononcés en violation des droits et libertés fondamentales. C'est dire la fragilité juridique de cette innovation !

– Deuxièmement, on peut s'assurer contre un risque ; il peut y avoir des indemnités forfaitaires, et donc limitées, comme celles des accidents du travail, fondées sur une solidarité de financement, qui ont été, pour ce motif, jugées constitutionnelles (18) ; ce mécanisme laisse d'ailleurs la porte ouverte une indemnisation intégrale du préjudice si l'accident est dû à une faute inexcusable de l'employeur.

Mais la décision de licencier n'est pas un risque dont il faudrait sécuriser les conséquences par un barème forfaitaire d'indemnisation. Elle est un acte juridique dont l'employeur porte la responsabilité et dont il doit répondre, le cas échéant, devant le juge en cas de contestation. Si ce dernier estime qu'une faute a été commise, il lui appartient, selon les principes bien établis de la responsabilité civile, de condamner l'employeur à réparer le préjudice.

Si incertitude et non « risque » il y a, c'est donc celle qui pèse sur la décision finale du juge. Or, l'aléa du procès est un aléa inhérent au recours au juge, sinon il n'y aurait pas besoin de juge, c'est d'ailleurs le rêve des économistes que de se passer de juge, car sa logique échappe au calcul, mais non à l'argumen-

(17) V. les travaux de E. Serverin.

(18) 2015-479 QPC, 31 juillet 2015.

tation juridique raisonnée ! En tout cas, la confusion entretenue entre le risque du licenciement et la faute qui peut présider à la décision de l'employeur, qui justifie l'institution d'un barème, pour sécuriser les employeurs, selon la *novlangue* managériale, est lourde de conséquences sociales : malgré la faute de l'employeur, c'est le salarié et la collectivité, compte tenu de la durée actuelle du chômage, qui supporteront en définitive le prix de la faute de l'employeur (19).

– Troisièmement, certes le Conseil constitutionnel a admis qu'en matière de responsabilité civile, le législateur « *puisse, pour un motif d'intérêt général, [fixer] les conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée. Il peut ainsi, pour un tel motif, apporter à ce principe [le principe de responsabilité] des exclusions ou des limitations, à condition qu'il n'en résulte pas une atteinte disproportionnée aux droits des victimes d'actes fautifs* » (20).

Cette position appelle à son tour deux remarques :

– S'agissant d'abord du motif d'intérêt général justifiant le barème : selon la loi d'habilitation, il s'agit d'assurer une prévisibilité permettant de sécuriser aussi bien les employeurs que les salariés. On rappellera ici l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée selon lequel le salarié a droit à la protection contre le licenciement ; c'est le salarié qui a besoin d'être protégé, non l'employeur fautif (21). Le minimum de 6 mois de salaires fixé pour les salariés ayant 2 ans d'ancienneté dans une entreprise de plus de 10 salariés relevait d'ailleurs de cette logique, puisque 6 mois, en 1973, correspondait à la durée moyenne de chômage... De combien est-il aujourd'hui ?

– S'agissant ensuite du barème lui-même : le caractère dérisoire des indemnités prévues, en particulier pour les salariés ayant une faible ou moyenne ancienneté, a bien pour objet de dissuader de saisir le Conseil de prud'hommes et de faciliter des transactions en fixant « *le prix de la violation de la loi* » selon la formule de Pascal Lokiec. Le prix n'est pas très élevé ! En tout cas, le barème ne tient nullement compte de la situation personnelle des parties. *Quid*, par exemple, d'une femme seule élevant des enfants, licenciée après 3 ans d'ancienneté pour une simple absence non autorisée, ce qui n'est évidemment pas inimaginable, quelle que soit la bonne foi de la plupart des employeurs ? De ce point de vue et de celui de la protection des salariés, le barème prévu pourrait bien

constituer une atteinte disproportionnée aux droits des victimes d'actes fautifs. Et si l'argument est qu'il faut tenir compte dans l'indemnisation de la fragilité des petites entreprises, ce que les juges prud'homaux font, ne serait-ce que parce que c'est une juridiction paritaire, pourquoi ne pas avoir autorisé les juges à déroger au barème minimum, sauf à les obliger à motiver leur décision spécialement ?

Le barème des indemnités prud'homales, compte tenu de la faiblesse insigne des indemnités minimales prévues, nous semble, en tout cas, faire peu de cas du droit au procès équitable qu'énoncent la Convention européenne des droits de l'Homme comme la Constitution, compte tenu de la limitation drastique du pouvoir du juge. Un barème indicatif permettant ou comportant des possibilités de modulation selon les situations particulières, qui permet tout autant d'atteindre l'objectif de prévisibilité, aurait été plus conforme à ce droit. Or, il est un élément essentiel de l'État de droit.

On a voulu insister sur cette perversion qui viole des droits ou mécanismes juridiques fondamentaux, parce que, finalement, et au-delà de tout ce qui est dit sur la nécessaire évolution du Code du travail pour l'emploi, le respect des droits fondamentaux reste un marqueur essentiel de l'État de droit. Leur perversion ne peut qu'être source, à terme, de désillusions, sinon de violences.

Marie-Laure Morin

(19) Sauf le remboursement lui-même limité d'une partie des indemnités de chômage qui peut être ordonné.

(20) CC 7 septembre 2017, à propos de l'article 3 I° b de la loi d'habilitation autorisant le législateur à fixer un barème.

(21) Sur l'ensemble de l'analyse de la constitutionnalité et de la conventionnalité du barème des indemnités prud'homales, v. l'article très pénétrant de J. Mouly, préc.