

NDLR. Le Droit Ouvrier publie l'avis du Conseil d'État relatif aux projets d'ordonnances Macron (1). Cet avis a été obtenu par la CGT dans le cadre des référés-suspension engagés contre les ordonnances (2).

Le gouvernement s'était refusé à rendre public cet avis. Pourtant, les citoyens ont le droit d'être informés sur les sujets qui les concernent et les gouvernants devraient s'honorer de faire preuve de transparence. Depuis une décision du précédent Président de la République, les avis du Conseil d'État sur les projets de loi doivent être rendus publics (3), avec toutefois certaines exceptions (4). Les avis sur les projets d'ordonnances, qui ne sont pas exactement des projets de loi, devaient-ils respecter cette nouvelle modalité ? Si la question reste entière, il est en revanche manifeste que le refus de rendre public ces avis n'est pas une preuve de transparence démocratique.

Ce choix de l'opacité est étonnant pour plusieurs raisons. D'abord, parce que l'avis s'avère plutôt conciliant. Sur chaque projet d'ordonnance, le Conseil d'État émet un avis favorable avec des réserves. Si ces réserves sont nombreuses, il omet en revanche certaines irrégularités, comme la non-conformité à la Charte sociale européenne de l'encadrement des indemnités de licenciement, qui avait été mise en évidence par un auteur (5). Ensuite, parce que la plupart des irrégularités relevées ont été corrigées dans les ordonnances du 22 septembre 2017.

Signalons que certaines irrégularités n'ont cependant pas été corrigées. Dans son avis, le Conseil d'État « *écarte la disposition prévoyant que le juge peut tenir compte, le cas échéant, des indemnités de licenciement versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail pour déterminer le montant de l'indemnité consécutive à un licenciement sans cause réelle et sérieuse* » (6). Malgré tout, dans les ordonnances, le gouvernement s'est obstiné à maintenir que « *pour déterminer le montant de l'indemnité, le juge peut tenir compte, le cas échéant, des indemnités de licenciement versées à l'occasion de la rupture* » (7). Autant dire que cet avis désormais public pourra être utile en vue de futurs recours.

(1) L'avis du Conseil d'État reproduit ci-après est suivi des projets d'ordonnances tels que corrigés par le Conseil d'État. Cependant, pour des raisons de place, cette seconde partie n'a pas pu être reproduite ici.

(2) Ces référés ont été rejetés par le Conseil d'État : CE 9 novembre 2017 n° 415063 ; CE 7 décembre 2017 n° 415376 et CE 7 décembre 2017 n° 415243.

(3) Discours du Président de la République, mardi 20 janvier 2015, à l'occasion des vœux au Parlement et aux corps constitués.

(4) Des lois financières (lois de finances), des lois de ratification d'ordonnance et des lois autorisant la ratification ou l'approbation d'engagements internationaux.

(5) V. J. Mouly « Le plafonnement des indemnités de licenciement devant le Comité européen des droits sociaux », Droit Social, Sept. 2017, p. 745.

(6) V. infra § 32 du document.

(7) Article L. 1235-3 al. 4 du Code du travail.

CONSEIL D'ÉTAT

Section sociale

N° 3 9 3 . 5 6 8

N° 3 9 3 . 5 6 9

N° 3 9 3 . 5 7 0

N° 3 9 3 . 5 7 1

N° 3 9 3 . 5 7 2

M. QUINQUETON

M. MARCHAND-ARVIER

M. SCHLESINGER

M. HUET

M. MALVERTI

Rapporteurs

EXTRAIT DU REGISTRE DES DÉLIBÉRATIONS **Séances de l'Assemblée générale du** **jeudi 14 septembre et du jeudi 21 septembre 2017**

Projet d'ordonnance
relatif à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise
et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales

Projet d'ordonnance
relatif à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail

Projet d'ordonnance
relatif à la prévention et à la prise en compte des effets de l'exposition
à certains facteurs de risques professionnels et au compte professionnel de prévention

Projet d'ordonnance
relatif au renforcement de la négociation collective

Projet d'ordonnance
portant diverses mesures relatives au cadre de la négociation collective

NOTE

Sur l'article L. 1 du code du travail

1. Aux termes de l'article L. 1 du code du travail : « *Tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation. /A cet effet, le Gouvernement leur communique un document d'orientation présentant des éléments de diagnostic, les objectifs poursuivis et les principales options. /Lorsqu'elles font connaître leur intention d'engager une telle négociation, les organisations indiquent également au Gouvernement le délai qu'elles estiment nécessaire pour conduire la négociation (...)* ». Dans son avis du 22 juin 2017 sur le projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour la rénovation sociale, le Conseil d'État a considéré que « *si cet article ne prévoit pas un encadrement de la procédure législative, qui ne peut relever que d'une norme de niveau constitutionnel, et s'il ne crée pas non plus une obligation de consultation sur un projet de texte, il impose la communication d'un document d'orientation aux partenaires sociaux lorsque le Gouvernement envisage un projet de réforme dans le domaine qu'il fixe. Le Conseil d'État estime, par conséquent, que l'article L. 1 du code du travail est applicable à un projet de réforme mentionné à cet article, même s'il s'inscrit dans un projet de loi d'habilitation. Dans une telle hypothèse, les obligations du Gouvernement sont adaptées à la spécificité d'un projet de loi de cette nature : le Gouvernement doit avoir, en amont de l'adoption du projet de loi par le Conseil des ministres, transmis aux partenaires sociaux un document d'orientation, le respect des autres étapes prévues par l'article L. 1 devant être apprécié au stade ultérieur des ordonnances* ». En l'espèce, les projets d'ordonnance sur le renforcement de la négociation collective, portant diverses mesures relatives au cadre de la négociation collective, sur la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales et sur la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail entrent dans le champ d'application de l'article L. 1 du code du travail. En revanche, si la réforme du compte professionnel de prévention s'inscrit dans les relations individuelles ou collectives de travail, elle ne relève pas du champ de la négociation nationale ou interprofessionnelle, car elle est indissociable du droit de la retraite, lequel est exclu par nature du champ d'application de l'article L. 1.

2. Pour les quatre autres ordonnances mentionnées ci-dessus qui entrent dans le champ d'application de l'article L. 1 du code du travail, le Conseil d'État constate que, sur la base du document d'orientation transmis le 6 juin par la ministre du travail aux organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel, plusieurs de ces organisations syndicales de salariés et d'employeurs ont décliné l'invitation à négocier qui leur avait été proposée. Tenant compte au surplus de ce qu'une concertation approfondie a été menée, le Conseil d'État estime que les dispositions de l'article L. 1 du code du travail ont été respectées pour lesdites ordonnances.

Sur le projet d'ordonnance relatif au renforcement de la négociation collective

3. Le Conseil d'État donne un avis favorable à ce projet d'ordonnance sous réserve des observations suivantes.

4. En ce qui concerne la nouvelle répartition des compétences entre l'accord de branche et l'accord d'entreprise, le Conseil d'État modifie l'article L. 2253-1 du code du travail, pour, d'une part, distinguer les matières dans lesquelles l'accord de branche dispose d'une compétence exclusive de celles dans lesquelles l'accord de branche a la primauté par rapport à l'accord d'entreprise et, d'autre part, compléter la liste des matières afin qu'elle soit la plus exhaustive possible au regard des autres dispositions du code du travail. Le Conseil d'État relève, par ailleurs, que les articles L. 2253-1 et L. 2253-2 contiennent une nouvelle définition du principe de faveur, distincte de celle qui reste applicable dans les rapports entre accords collectifs et lois et règlements ainsi que dans les rapports entre accords collectifs et contrats de travail.

5. S'agissant des conditions d'application de la nouvelle articulation entre accord de branche et accord d'entreprise aux accords collectifs en cours de validité et, notamment, aux accords de branche mentionnés par l'article 45 de la loi du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, le Conseil d'État considère que les dispositions de l'ordonnance en la matière permettent de respecter les exigences constitutionnelles aux termes desquelles « *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 1946* » (voir notamment la décision n°2008-568 DC du 7 août 2008, cdt 18). En prévoyant que les négociateurs peuvent jusqu'au 1^{er} janvier 2019 confirmer la portée des accords collectifs conclus dans le cadre de la branche au regard des accords d'entreprise, dans les matières dans lesquelles l'accord de branche peut prévoir qu'il prévaut sur les accords d'entreprise, l'ordonnance prévoit des conditions d'entrée en vigueur qui reposent sur un équilibre satisfaisant entre, d'une part, l'intérêt général qui s'attache à ce que la nouvelle répartition des compétences et hiérarchisation entre accords de branche et accords d'entreprise s'appliquent pleinement et, d'autre part, le respect des accords collectifs en cours. Le Conseil d'État complète ces dispositions pour prévoir leurs conséquences vis-à-vis de l'extension des accords collectifs. Il complète également, pour des motifs de sécurité juridique, les dispositions faisant prévaloir, dans les domaines où l'accord d'entreprise a désormais la primauté, cet accord sur l'accord de branche en prévoyant que ces dispositions n'entrent en vigueur qu'à compter du 1^{er} janvier 2018.

6. En ce qui concerne les accords collectifs conclus sur le fondement des nouvelles dispositions de l'article L. 2254-2 du code du travail et les conséquences du refus du salarié des modifications de son contrat de travail résultant de l'application d'un accord collectif conclu sur leur fondement, le Conseil d'État considère qu'il n'est pas possible de se borner à prévoir, à l'instar du projet du Gouvernement, que le licenciement du salarié ne constitue pas un licenciement pour motif économique. D'une part, la loi d'habilitation impose explicitement que « *le licenciement du salarié repose sur un motif spécifique* ». D'autre part, la définition d'un motif spécifique *sui generis* est le point d'équilibre permettant notamment d'assurer au mieux le respect des stipulations de la convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail. C'est pourquoi le Conseil d'État reprend la formulation déjà retenue par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 selon laquelle « *le licenciement repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse* ».

7. Le Conseil d'État modifie la rédaction envisagée pour l'article L. 2262-13, dès lors que le projet du Gouvernement est d'instaurer une présomption simple de conformité de la convention ou de l'accord collectif à la loi. Le Conseil d'État rappelle que l'habilitation autorise le Gouvernement à « *précis[er] les conditions dans lesquelles il appartient à celui qui conteste la validité d'un accord de démontrer qu'il n'est pas conforme aux conditions légales qui le régissent* ». La rédaction de cette habilitation est issue de l'examen par le Conseil d'État du projet de loi d'habilitation, l'avis de celui-ci précisant que « *s'il approuve la logique du projet [il] considère qu'une interprétation de cette jurisprudence [de la Cour de cassation] comme une présomption de conformité à la loi des accords collectifs présenterait des risques, notamment constitutionnels, au regard du droit au recours, et qu'il est plus adapté de raisonner en termes de charge de la preuve. Le Conseil d'État propose de modifier, en conséquence, la rédaction du projet afin de permettre, par ordonnance, de 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* ». Au regard de la rédaction de la loi d'habilitation et des risques constitutionnels afférant à l'instauration d'une présomption de légalité des accords collectifs, le Conseil d'État modifie l'article L. 2262-13 afin de préciser qu'il appartient à celui qui conteste la légalité d'une convention ou d'un accord collectif de démontrer qu'il n'est pas conforme aux conditions légales qui le régissent.

8. Le Conseil d'État adapte les dispositions du projet d'ordonnance relatives aux négociations obligatoires au niveau de la branche et au niveau de l'entreprise, pour que les différentes dispositions soient correctement positionnées parmi les dispositions d'ordre public, celles relatives au champ de la négociation collective et les dispositions supplétives applicables en l'absence d'accord. Doivent en particulier figurer au sein des dispositions d'ordre public le principe des négociations obligatoires, leurs thèmes et leur périodicité maximale. Doit également figurer au sein des dispositions d'ordre public le principe des pénalités applicables en cas d'absence de négociation sur les salaires et en cas d'absence d'accord ou de plan d'action sur l'égalité professionnelle.

9. Le Conseil d'État considère que les dispositions relatives aux modalités de négociation dans les entreprises de moins de onze salariés dépourvues de délégué syndical ainsi que dans les entreprises dont l'effectif est compris entre onze et vingt salariés qui sont dépourvues de délégué syndical et de membre élu de la délégation du personnel au sein du comité social et économique, si elles ne méconnaissent pas de principes de valeur constitutionnelle ou conventionnelle, représentent un changement d'ampleur qui modifie les équilibres existant en matière de représentation des salariés. Le Conseil d'État complète, en conséquence, les dispositions prévues pour apporter des garanties procédurales, qui seront précisées par décret en Conseil d'État, notamment sur l'information des salariés suffisamment précoce sur le projet soumis à consultation et sur les conditions d'organisation de la consultation.

10. Le Conseil d'État écarte les dispositions instaurant un observatoire départemental d'analyse et d'appui au dialogue social et à la négociation, ces dispositions ne se rattachant

pas aux principes fondamentaux du droit du travail au sens de l'article 34 de la Constitution et ne relevant donc pas du domaine de la loi.

Sur le projet d'ordonnance portant diverses mesures relatives au cadre de la négociation collective

11. Le Conseil d'État donne un avis favorable à ce projet d'ordonnance sous réserve des observations suivantes.

12. S'agissant des dispositions précisant les pouvoirs du ministre chargé du travail en matière d'extension des accords collectifs, le Conseil d'État complète l'article L. 2261-25 du code du travail notamment aux fins de codifier deux jurisprudences. Il s'agit de tirer les conséquences, dans la nouvelle rédaction de l'article L. 2261-25, des jurisprudences du Conseil d'État statuant au contentieux résultant de ses décisions SYNDICAT PROFESSIONNEL DES EXPLOITANTS INDEPENDANTS DES RESEAUX D'EAU ET D'ASSAINISSEMENT (section, 30 avril 2003, 230804, publiée au recueil) et SYNDICAT NATIONAL DES CABINETS DE RECOUVREMENT DE CREANCES ET DE RENSEIGNEMENTS COMMERCIAUX (sous-sections réunies, 21 novembre 2008, 300135, publiée au recueil), en rappelant que le ministre peut refuser, pour des motifs d'intérêt général, et notamment en cas d'atteinte excessive à la libre concurrence, l'extension d'un accord collectif.

13. Le Conseil d'État écarte, en revanche, les dispositions du projet créant un groupe d'experts chargés d'apprécier les effets économiques et sociaux susceptibles de résulter de l'extension d'un accord de branche. Ces dispositions ne touchent pas aux principes fondamentaux du droit du travail au sens de l'article 34 de la Constitution et relèvent par conséquent du domaine réglementaire (voir en ce sens la note sur le projet de loi en faveur des revenus du travail, Assemblée générale du 10 juillet 2008, 381722). Il appelle, au surplus, l'attention du Gouvernement sur la question de l'opportunité d'un tel groupe d'experts, d'une part, en termes de bonne administration et de capacité d'insérer un tel mécanisme dans une procédure déjà complexe et, d'autre part, au regard de la cohérence de la politique publique concernée et de la priorité affichée à la restructuration des branches.

14. S'agissant des dispositions précisant les pouvoirs du ministre chargé du travail en matière d'élargissement des accords collectifs, le Conseil d'État disjoint les dispositions autorisant l'élargissement d'un accord dans les matières mentionnées à l'article L. 2353-3 du code du travail ou d'un accord mentionné à l'article L. 2232-10-1 du code. Ces deux types d'accords de branche peuvent déjà être élargis en se fondant sur les dispositions actuelles du code du travail, sans qu'il soit utile de le mentionner explicitement.

Sur le projet d'ordonnance relatif à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales

15. Le Conseil d'État donne un avis favorable à ce projet d'ordonnance sous réserve des observations suivantes.

16. Le projet procède à la refonte de l'ensemble des dispositions relatives aux délégués du personnel, au comité d'entreprise et comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. Ces trois institutions représentatives du personnel sont fusionnées au sein d'une nouvelle instance, le comité social et économique (CSE). Cette fusion conduit à substituer, à droit constant, les dispositions relatives au comité social et économique aux dispositions relatives à chacune de ces institutions.

17. Le projet rend, au surplus, possible la constitution, par accord d'entreprise, d'un conseil d'entreprise qui associe les compétences de représentation du CSE et celles relatives à la négociation des accords. Le Conseil d'État estime que cette délégation du pouvoir de négociier, dont le fondement est un accord d'entreprise, ne méconnaît pas les dispositions constitutionnelles et conventionnelles protégeant la liberté syndicale.

18. S'agissant toutefois de la faculté reconnue à un accord de branche étendu de prévoir pour l'ensemble des entreprises de cette branche une telle délégation, le Conseil d'État estime qu'elle ne peut s'appliquer qu'aux entreprises dépourvues de délégués syndicaux.

Sur le projet d'ordonnance relatif à la prévention et à la prise en compte des effets de l'exposition à certains facteurs de risques professionnels et au compte professionnel de prévention

19. Le Conseil d'État donne un avis favorable à ce projet d'ordonnance sous réserve des observations suivantes.

20. Le projet d'ordonnance a, notamment, pour objet de transformer le compte personnel de prévention de la pénibilité (CPPP) en un compte professionnel de prévention (CPP).

21. Alors que le compte personnel de prévention de la pénibilité ouvre des droits sociaux aux salariés exposés à dix facteurs de risques professionnels liés à des contraintes physiques marquées, à un environnement physique agressif et à certains rythmes de travail, le Gouvernement entend restreindre le bénéfice des droits attachés au compte professionnel de prévention aux salariés ayant été exposés à six de ces dix facteurs. Le projet d'ordonnance crée, en contrepartie, un nouveau dispositif de départ anticipé à la retraite pour les salariés victimes de maladies professionnelles liées à l'un des quatre autres facteurs de risques professionnels.

22. Le Conseil d'État constate que cette réforme des modalités de compensation des effets de l'exposition des salariés à certains facteurs de risques professionnels concerne un dispositif de protection sociale ouvrant droit à ses bénéficiaires, en contrepartie du versement de cotisations sociales, à des prestations de trois types : financement d'actions de formation professionnelle, complément de rémunération en cas de réduction de la durée du travail du salarié, financement d'une majoration de durée d'assurance vieillesse et d'un départ en retraite avant l'âge légal de départ en retraite de droit commun (cf. pour cette dernière prestation : CC, 16 janvier 2014, n° 2013-683 DC, Ct 24).

23. Il appartient au législateur de déterminer les catégories de risques couverts par un régime de protection sociale et de faire évoluer, dans le respect du principe d'égalité, les régimes de protection sociale en fonction des objectifs qu'il se fixe. Le Conseil constitutionnel estime ainsi : « *que les personnes atteintes d'une incapacité de travail et ayant été exposées à des « facteurs de pénibilité » pendant l'accomplissement de leur travail ne se trouvent pas, au regard des règles de fixation de l'âge d'ouverture du droit à une pension de retraite, dans la même situation que celles n'ayant pas subi cette exposition ; que, par suite, il n'a pas été porté atteinte au principe d'égalité* » (CC, 9 novembre 2010, n° 2010-617 DC, Ct 14).

24. Il résulte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel : « *que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et*

l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit » (CC, 7 janvier 1988, n° 87-232 DC, Ct 10 ; 26 septembre 2014, n° 2014-415 QPC, Ct 6).

25. Le juge constitutionnel prend en compte dans son appréciation de l'application du principe d'égalité les conditions concrètes de développement des régimes de protection sociale. Il estime ainsi *« que le principe d'égalité ne saurait imposer au législateur, lorsqu'il s'efforce, comme en l'espèce, de réduire les disparités de traitement en matière de protection sociale, de remédier concomitamment à l'ensemble des disparités existantes ; que la différence de traitement dénoncée par les requérants (...) est inhérente aux modalités selon lesquelles s'est progressivement développée l'assurance maladie en France ainsi qu'à la diversité corrélative des régimes, que la loi déferée ne remet pas en cause »* (CC, 23 juillet 1999, n° 99-416 DC, Ct 9, à propos de la création de la couverture maladie universelle). Il admet également que le législateur fixe des critères permettant de différencier les bénéficiaires de prestations sociales, dès lors que ces critères sont en rapport avec l'objet de la loi, et il prend en compte la nature des prestations concernées comme *« les difficultés auxquelles se heurterait »* l'institution de critères plus complexes pour apprécier l'atteinte au principe d'égalité (CC, même décision, Ct 10).

26. Le Conseil d'État considère que le projet d'ordonnance, s'il différencie les conditions de compensation de l'exposition des salariés aux dix facteurs de risques professionnels pris en compte par la loi n° 2014-40 du 20 janvier 2014 garantissant l'avenir et la justice du système de retraite, ne porte pas une atteinte, contraire à la Constitution, au principe d'égalité entre les salariés exposés à ces risques, dès lors que la différence de traitement qui en résulte est en rapport direct avec l'objet du projet d'ordonnance. Il estime qu'un motif d'intérêt général tenant à l'effectivité du droit à compensation de la pénibilité et à la bonne marche des entreprises permet que l'exposition à des facteurs de risque différents soit traitée de façon différente, en particulier dans un contexte de construction récente et progressive d'un nouveau régime de protection. Le projet d'ordonnance a, en effet, pour objectif de remédier aux difficultés de mise en œuvre du dispositif résultant de la loi du 20 janvier 2014 en ce qui concerne certains facteurs de risques professionnels. Il s'agit en particulier de mieux prendre en compte l'exposition aux risques professionnels présentant des difficultés avérées d'évaluation par les entreprises et d'éviter qu'un traitement uniforme des différents facteurs de risque ne fragilise les droits des salariés.

27. Le Conseil d'État estime également qu'il convient, au regard de l'article 34 de la Constitution, de déterminer au niveau législatif (articles L. 4161-1 et L. 4163-1 du code du travail, article L. 351-1-4 du code de la sécurité sociale, l'article L. 732-18-3 du code rural et de la pêche maritime) les facteurs de risques professionnels pris en compte pour le bénéfice des prestations sociales prévues par le projet d'ordonnance, dès lors que ces facteurs de risques permettent de déterminer les catégories de bénéficiaires des prestations comme le montant et, par voie de conséquence, les éléments de l'assiette des cotisations qui les financeront.

28. Relèvent en effet du domaine de la loi tant la détermination des catégories de bénéficiaires d'un régime de protection sociale et la définition de la nature des conditions exigées pour l'attribution des prestations (CC, 2 juillet 1965, n° 65-34 L, Ct 5 ; 22 décembre 2016, n° 2016-742 DC, Ct 36) que la fixation des éléments de l'assiette des cotisations sociales (CC, 27 novembre 2001, n° 2001-451 DC, Cts 6 et 7).

Sur le projet d'ordonnance relatif à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail

29. Le Conseil d'État donne un avis favorable à ce projet d'ordonnance sous réserve des observations suivantes.

30. S'agissant de l'article 2 qui institue un référentiel obligatoire pour l'indemnité prononcée par le juge en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, le Conseil d'État considère que cette disposition ne soulève pas de difficulté juridique particulière dans son principe, comme l'a jugé le Conseil constitutionnel par ses décisions n° 2015-715 DC du 5 août 2015 sur la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques et n° 2017-751 DC du 7 septembre 2017 sur la loi d'habilitation à prendre la présente ordonnance. En ce qui concerne spécialement le second barème d'indemnisation applicable, par dérogation, aux planchers d'indemnisation des salariés des entreprises employant habituellement moins de onze salariés, le Conseil d'État considère que ce dispositif ne pose pas non plus de difficulté juridique au regard du principe d'égalité conformément à la jurisprudence la plus récente du Conseil constitutionnel (décision n° 2016-582 QPC du 13 octobre 2016).

31. Par ailleurs, au même article 2, le Conseil d'État écarte la disposition prévoyant que le juge peut tenir compte, le cas échéant, des indemnités de licenciement versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail pour déterminer le montant de l'indemnité consécutive à un licenciement sans cause réelle et sérieuse. En effet, cette disposition dont la normativité et l'utilité sont incertaines, pose une difficulté en ce qu'elle assimile deux types d'indemnité ayant un objet différent. L'indemnité de rupture qui a pour objet la réparation de l'intégralité du préjudice subi par le salarié du fait de la perte injustifiée de son emploi, ne saurait se confondre avec l'indemnité de licenciement dont le montant est légal, conventionnel ou négocié : la prise en compte de cette seconde indemnité pourrait dans l'absolu aboutir à ce que la réparation du préjudice soit nulle et être ainsi contraire au principe de réparation intégrale du préjudice, comme l'a notamment jugé le Conseil d'État, statuant au contentieux, s'agissant du cumul illégal entre l'indemnité allouée cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse et l'allocation d'assurance chômage par la décision ASSOCIATION DES AMIS DES INTERMITTENTS ET PRECAIRES ET AUTRES (sous-sections réunies 1/6, 5 octobre 2015, n°s 383956, 383957, 383958 au recueil). Cette prise en compte pourrait également se heurter à des objections constitutionnelles et conventionnelles.

32. En ce qui concerne l'article 4 du projet, le Conseil d'État considère que les dispositions relatives aux conséquences contentieuses attachées à l'irrégularité que constitue une insuffisance de motivation de la lettre de licenciement ne modifient pas l'office du juge en ce qu'elles ne le privent pas de l'obligation d'examiner tous les griefs du licenciement et de déclarer, le cas échéant, celui-ci sans cause réelle et sérieuse et d'en tirer les conséquences indemnitaires conformément à la loi. En outre, ces dispositions ne méconnaissent pas le droit, garanti notamment par l'article 7 de la convention 158 de l'OIT du 22 juin 1982 sur le licenciement, pour le salarié de se défendre, préalablement à son licenciement, contre les allégations formulées à son encontre. En effet, la disposition reste sans incidence sur la procédure d'entretien préalable au cours de laquelle le salarié prend connaissance, conformément à la loi (article L. 1232-3 du code du travail), des griefs qui lui sont reprochés. D'autre part, le Conseil d'État propose de modifier le texte afin que soit seule laissée la possibilité aux parties de « préciser », et non de « modifier », les griefs contenus dans la lettre de motivation, ces précisions ne permettant pas en tout état de cause une modification de la nature initiale des motifs de licenciement.

33. Le projet d'ordonnance prévoit la possibilité pour une convention ou un accord de branche étendu de fixer la durée totale du contrat à durée indéterminée (CDD) ainsi que le nombre maximal de renouvellements de ces contrats. Il prévoit qu'à défaut d'un tel accord collectif, les dispositions en la matière actuellement en vigueur s'appliquent. Le projet d'ordonnance ne fixe ni une durée, ni un nombre maximum de renouvellements des CDD auxquels l'accord de branche étendu ne saurait déroger. Afin de se conformer aux dispositions de l'article 34 aux termes duquel la loi « *détermine les principes fondamentaux (...) du droit du travail* », le Conseil d'État modifie la rédaction envisagée des articles L. 1242-8 et L. 1243-13 pour préciser que la possibilité ainsi offerte aux partenaires sociaux ne saurait avoir ni pour objet, ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise. Dans cette mesure, et dès lors que les CDD ne pourront être conclus en dehors des cas énumérés à l'article L. 1242-2, le Conseil d'État estime que le projet encadre de manière suffisante le renvoi aux partenaires sociaux.

34. Enfin, le Conseil d'État attire l'attention du Gouvernement sur le fait que, sans méconnaître les termes de la loi d'habilitation, certaines dispositions contenues dans ces projets d'ordonnances lui semblent aller au-delà des objectifs de modernisation, de simplification et de sécurisation du droit du travail. Il en va notamment ainsi des divers dispositifs négociés de gestion de l'emploi contenus dans le projet d'ordonnance relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations du travail ou des règles relatives à l'extension et à l'élargissement des conventions collectives de branche contenus dans le projet d'ordonnance relative à la négociation collective. Par leur contenu, ces dispositions sont susceptibles d'ouvrir de nouvelles périodes d'incertitudes jurisprudentielles allant à l'encontre de l'objectif de sécurisation du droit recherché.

Cette note a été délibérée et adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État dans ses séances du jeudi 14 septembre et du jeudi 21 septembre 2017.

SIGNÉ : Le Président :

Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État

Les rapporteurs : *Patrick Quinqueton,*

Jérôme Marchand-Arvier,

Matthieu Schlesinger,

Laurent Huet,

Clément Malverti

Les secrétaires de séance :

Catherine Bergeal, secrétaire générale du Conseil d'État

Delphine Dufaure-Malves, secrétaire de la section sociale du Conseil d'État

POUR EXTRAIT CERTIFIÉ CONFORME

La secrétaire de la section sociale

Mme Delphine Dufaure-Malves