

ORDONNANCES MACRON LIBERTÉ CONTRACTUELLE : EL DORADO OU FAR WEST ?

Deuxième partie : A-t-on désarmé le shérif ?

Le juge privé de sentences ?

par Patrick HENRIOT, magistrat honoraire

PLAN

- I. L'extension à tous les licenciements du délai de prescription de douze mois antérieurement applicable aux seuls licenciements économiques
- II. La prescription de l'action en contestation d'un accord collectif
- III. La faculté offerte au juge de moduler les effets dans le temps de l'annulation qu'il prononce
- IV. Le plafonnement des dommages-intérêts dus à raison d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.
- V. La pré-constitution de la cause réelle et sérieuse du licenciement sanctionnant le refus du salarié de voir modifier son contrat de travail par l'effet d'un accord collectif
- VI. La rupture conventionnelle collective (RCC)

Les ordonnances élaborées dans la hâte de l'été 2017 manifestent indéniablement une profonde défiance à l'égard du juge du travail. En attestent les nombreuses dispositions tendant, directement ou indirectement, à éviter aux employeurs d'avoir à se présenter devant lui ou, lorsque la confrontation est inévitable, à atténuer ses pouvoirs. Pourtant, elles ne sont pas les premières manifestations, loin s'en faut, de ce qui apparaît, au contraire, comme une tendance lourde. Dès le début des années 2000, la littérature patronale faisait déjà entendre la petite musique de l'imprévisibilité des décisions de justice et de l'insécurité qui en résulte, présentées comme particulièrement néfastes au développement harmonieux de la vie des affaires. Le rapport *De Virville*, notamment, était à cet égard emblématique (1).

Cette plainte discrète, mais insistante n'a guère tardé à être entendue par les pouvoirs publics puisque la dernière décennie nous a déjà gratifiés de plusieurs textes fortement marqués de cette empreinte. La rupture conventionnelle – qui relègue le rôle du juge au seul examen de la validité du consentement – a ouvert la voie en 2008, suivie de la loi dite « de sécurisation de l'emploi » (2), entérinant la volonté des signataires de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 d'organiser « l'évitement du juge » (3). Venait ensuite la loi « Travail » ou *El Khomri* (4), dont le terrain avait été minutieusement préparé par le rapport *Combrexelle* (5) et dont les promoteurs « ont indiqué vouloir tourner la page d'un droit du travail marqué par l'importance donnée aux contentieux et à la jurisprudence ... au détriment de l'efficacité économique », de sorte que l'on passerait ainsi « d'une hétéronomie conflictuelle prenant appui sur le contentieux à une autonomie consensuelle à l'abri du regard du juge » (6).

À bien y regarder, ce processus est étroitement corrélé à celui qui a vu s'imposer l'emprise du discours économique dominant sur le droit en général et le droit du travail en particulier, la défiance pour le juge et la nécessité de l'éviter apparaissant comme l'un des « sous-produits » de ce discours. Pour appeler le législateur à intervenir afin de mettre les employeurs, par une sorte de privilège spécial, à l'abri de l'aléa judiciaire, il se nourrit, en effet, d'un amalgame permanent entre critique du droit du travail et critique

du juge qui l'applique. C'est bien de cette rhétorique que Murielle Pénicaut jouait lorsque, interrogée sur la barémisation des dommages-intérêts qui pouvait apparaître comme « un mouvement, déjà observé, de défiance à l'égard du juge judiciaire », elle répondait : « Je ne crois pas que la question se pose en des termes de défiance. Mais, vous le savez, il existe une tension permanente entre légalité et sécurité juridique. Elle est au cœur du droit » (7).

(1) « Pour un code du travail plus efficace » : rapport au ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité ; La Documentation française, janvier 2004.

(2) Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

(3) Manuela Grévy et Patrick Henriot, « Le juge, ce gêneur ... », RDT, mars 2013, p. 173.

(4) Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

(5) Jean-Denis Combrexelle, « La négociation collective, le travail et l'emploi », rapport remis au Premier ministre, La Documentation française, septembre 2015.

(6) Frédéric Guiomard, « l'autonomie collective face au juge », RDT, décembre 2016, p. 838.

(7) « Muriel Penicaud justifie les axes de sa réforme », Semaine sociale Lamy, 25 septembre 2017, n° 1783.

Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs cultivé la même ambiguïté dans sa décision relative au barème : après avoir érigé « *la levée des freins à l'embauche* » en but d'intérêt général, il a approuvé la démarche du législateur qui, dans ce but, « *aménage les conditions dans lesquelles la responsabilité de l'employeur peut être engagée* » (8). Il n'échappe pourtant à personne que le barème ne modifie évidemment pas les conditions dans lesquelles la responsabilité de l'employeur peut être engagée, telles qu'elles sont déterminées par le Code du travail, mais les conséquences indemnitaires de cette responsabilité, celles qu'il appartient, par principe, au juge de déterminer. La prétendue nécessité d'aménager un régime de responsabilité propre au droit du travail est ainsi avancée pour « habiller » la justification d'une mesure qui tend, en réalité à neutraliser, au profit de l'employeur, le pouvoir dévolu aux juges d'évaluer l'étendue du préjudice subi par la victime d'un fait fautif et de déterminer le montant des réparations en conséquence.

À cela s'ajoute le grand écart de l'argumentaire macronien prétendant conjuguer sécurité des salariés et responsabilité des employeurs : appliqué au barème, dont il a été abondamment souligné qu'il permet d'anticiper et de monnayer la violation de la loi, la contradiction devient flagrante. Comment, dans cette rhétorique, justifier la mise à l'écart d'un juge dont la fonction première est, précisément, de garantir l'effectivité du principe de responsabilité (9) ?

Mais le barème ne doit pas focaliser toute l'attention : les réformes de ces dernières années révèlent la richesse de la palette des moyens législatifs utilisés pour neutraliser le juge, qu'il s'agisse de sa mise hors-jeu pure et simple (en aménageant, par exemple, les délais et modalités de sa saisine), de sa neutralisation (en rendant sa saisine sans objet, comme avec la pré-constitution de la cause réelle et sérieuse du licenciement du salarié qui refuse l'application d'un accord d'entreprise, ou en réduisant le champ de son contrôle, comme en matière de rupture conventionnelle collective) ou encore de l'amputation de son pouvoir d'appréciation (avec le barème, mais aussi en prédéterminant les critères chiffrés des difficultés justifiant le licenciement pour motif économique, comme dans la loi « Travail » (10)).

Cette panoplie des techniques d'assèchement du contentieux du travail se déploie sur une toile de fond

qui en éclaire la logique commune. La promotion insistante des accords d'entreprise organise et met en scène l'affrontement des légitimités des partenaires sociaux, d'une part, et du juge, de l'autre, la production normative des uns étant parée de vertus qui, en contrepoint, discréditent *a priori* l'intervention de l'autre. Car, en contrôlant tant la conformité de ces accords aux normes supérieures que les conditions de leur conclusion ou de leur exécution, le juge n'a-t-il pas l'audace extrême et, pour tout dire, insupportable de discuter et remettre en cause ce que les acteurs du dialogue social ont estimé être bon pour l'entreprise et pour l'emploi et relever ainsi de leur intérêt commun (11) ?

La déconstruction obstinée de l'ordre public social qui se lit dans les réformes de la décennie passée – dont le retrait continu du principe de faveur est le marqueur fort – et l'érosion corrélative de la place du juge qui en est – en était ? – le garant paraissent bien être les causes premières d'une sorte de repli général sur les droits fondamentaux. Tout se passe, en effet, comme si la « supra-légitimité » dont ils sont parés devait suppléer la disqualification progressive des outils traditionnels du juge. Il faut, à cet égard, lire et relire l'article visionnaire et essentiel par lequel Isabelle Meyrat nous invitait à évaluer le rôle des droits fondamentaux à l'aune du « *risque d'une reformulation appauvrie d'un ordre public social en péril* » (12). Le sens de ce colloque et la volonté de résistance qui l'irrigue pourraient ainsi être entièrement contenus dans la recommandation qu'elle nous adressait en ces termes : « *Afin que les droits fondamentaux ne s'apparentent pas à l'inscription dans le registre du droit d'un ensemble de justifications rhétoriques des transformations du capitalisme, les protagonistes de l'ensemble du monde du travail doivent s'efforcer de maintenir les fondations d'un ordre social protecteur, à défaut duquel la croyance qu'ils partagent en la pérennité d'une démocratie pluraliste et fraternelle est vaine* ».

C'est dans cet esprit qu'il convient de tenter de dégager quelques pistes de réflexion visant à défendre et, si possible, restaurer l'office du juge, dont l'évitement se lit dans de très nombreuses dispositions des ordonnances. C'est à une sélection un peu arbitraire que les développements suivants seront consacrés.

(8) Décision 2015-715 DC du 5 août 2015.

(9) Manuela Grévy et Patrick Henriot, « Des principes aux actes : les contradictions d'Emmanuel Macron », Dr. Ouv., juillet 2017, p. 392

(10) Cyril Wolmark, « Les difficultés économiques à l'épreuve du droit à l'emploi », RDT, décembre 2016, p. 764.

(11) Amine Ghenim, « le juge prud'homal face au droit négocié », Dr. Ouv., mars 2016, p. 139.

(12) Isabelle Meyrat, « Droits fondamentaux et droit du travail : réflexions autour d'une problématique ambivalente », Dr. Ouv., juillet 2002, p. 343.

I. L'extension à tous les licenciements du délai de prescription de douze mois antérieurement applicable aux seuls licenciements économiques

L'article L. 1471-1, modifié par l'article 6 de l'ordonnance n°2017-1387, dispose désormais que, sauf diverses exceptions prévues à l'alinéa suivant, « *Toute action portant sur la rupture du contrat de travail se prescrit par douze mois à compter de la notification de la rupture* ». Le délai pour agir est ainsi ramené de 2 ans à un an, ce qui constitue, à n'en pas douter, un moyen assez sûr de limiter le contentieux. Vient alors naturellement à l'esprit la question de la conventionnalité de délais à ce point réduits. On le sait, la Cour européenne des droits de l'Homme n'interdit pas que les conditions d'exercice du droit d'agir en justice soient aménagées. Mais encore faut-il que ce droit ne soit pas atteint dans sa substance même, que les limitations apportées poursuivent un but légitime et que les moyens employés soient raisonnablement proportionnés au but poursuivi. Ainsi considère-t-elle qu'un délai de prescription extinctive est conforme au procès équitable comme poursuivant un but légitime – la sécurité juridique – à la condition qu'il ne soit pas « *exagérément court* ».

Avec Mireille Poirier, il est permis de se demander si la sécurité juridique qui est ici invoquée – comme elle l'était déjà pour justifier la première réforme des délais de prescription opérée par la loi dite « de sécurité de l'emploi » – relève bien d'un but légitime : « *À tout le moins doit-on s'accorder à reconnaître que la sécurité juridique, souvent invoquée comme un sésame par la partie patronale, est ambivalente : celle accordée au débiteur se réalise au détriment de celle due au créancier. Autrement dit, la réduction des délais de prescription conforte la sécurité juridique des employeurs en même temps qu'elle porte atteinte à celle des salariés. Placer la réduction des délais de prescription sous le seul éclairage de la sécurité juridique des employeurs revient donc à masquer l'étendue du problème juridique pose* » (13).

Il faut bien admettre, toutefois, qu'il y a peu de chances que la sécurité juridique recherchée soit considérée comme illégitime – en dépit du déséquilibre manifeste des bénéfices que chacune des parties en tirera – ni que le délai d'un an soit considéré comme « *exagérément court* » et ce, d'autant qu'il était déjà applicable au licenciement pour motif économique.

La question du point de départ de ce délai ainsi abrégé doit, en revanche, être soigneusement examinée au regard des nouvelles règles relatives à l'énonciation des motifs du licenciement. Il conviendra évidemment de soutenir que le délai de prescription d'un an ne commencera à courir qu'à compter de la date de réception de la lettre de l'employeur précisant les motifs du licenciement, s'il en a envoyé une (que ce soit de sa propre initiative ou à la demande du salarié). À défaut de lettre précisant les motifs et si le salarié ne lui a pas adressé de demande de précision, le délai commencera à courir à compter de l'expiration du délai pendant lequel l'employeur était en mesure de préciser les motifs de sa propre initiative. Mais si le salarié avait adressé à l'employeur une demande de précision à laquelle il n'a pas été répondu, le délai devrait commencer à courir à compter de l'expiration du délai imparti à l'employeur pour répondre.

On rappellera plus généralement, d'une part, que, selon l'article 2224 du Code civil, la prescription d'une action ne court que « *... à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son droit* » et, d'autre part, que, selon l'article 2234, « *la prescription ne court pas ou est suspendue contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure* ».

II. La prescription de l'action en contestation d'un accord collectif

L'article L. 2262-14 nouveau dispose que « *Toute action en nullité de tout ou partie d'une convention ou d'un accord collectif doit, à peine d'irrecevabilité, être engagée dans un délai de deux mois à compter :*

1° De la notification de l'accord d'entreprise prévue à l'article L. 2231-5, pour les organisations disposant d'une section syndicale dans l'entreprise ; 2° De la publication de l'accord prévue à l'article L. 2231-5-1 dans

(13) Mireille Poirier, « Éviter le couperet de la prescription, après la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi », Dr. Ouv., mars 2014, p. 182.

tous les autres cas ». Preuve que la doctrine patronale a de la suite dans les idées et que la ténacité paye, cette réduction drastique du délai de contestation des accords – qui passe ainsi brutalement de cinq ans à deux mois – constituait déjà la proposition n°8 du rapport de Virville de 2004 et la proposition n°21 du rapport Combrexelle de 2015, ce dernier fustigeant la propension des partenaires sociaux à instrumentaliser le juge pour remettre en cause les résultats de la négociation.

L'épuisement de ce délai ferme la porte à la contestation d'un accord par voie d'action, comme c'est le cas de l'épuisement du délai de contestation des actes administratifs sur lequel il est calqué. Ces deux régimes diffèrent toutefois sur un point essentiel : contrairement à ce qui se passe en matière contentieuse administrative, l'épuisement du délai de recours contre un accord collectif ne laisse aucune possibilité de le faire « revivre » en provoquant une décision de refus d'abrogation. En revanche, l'épuisement du délai laisse subsister deux portes ouvertes. L'action en interprétation de l'accord devrait tout d'abord rester possible sans autre limitation dans le temps que la prescription quinquennale de droit commun, puisque seule l'action en nullité est expressément visée par le texte. Ainsi ne serait-il pas impossible, dans ce cadre, de soutenir qu'un accord ne peut pas s'interpréter dans un sens qui le rendrait contraire à une

disposition législative d'ordre public ou à un principe général du droit, ce qui reviendrait à neutraliser les effets d'une illégalité manifeste.

Par ailleurs, la prescription de l'action principale ne fait pas obstacle à ce qu'un salarié puisse, dans le cadre d'un litige individuel, se prévaloir, par voie d'exception, de l'illicéité d'un accord (ou de telle clause d'un accord) afin d'obtenir qu'il soit écarté : l'objectif ne sera plus, alors, l'annulation de l'accord, mais son inopposabilité. Tel sera, par exemple, le cas d'une action en paiement de rappels de salaires réduits en application d'un accord de compétitivité justifiée par la contestation de la validité de cet accord. Ne doit pas non plus être exclue, *a priori*, la possibilité de fonder une action sur une exception d'inexécution par l'employeur des obligations qui lui incomberaient en application d'un accord. Il faut bien admettre, toutefois, qu'une telle hypothèse risque de demeurer très rare, dès lors que le nouveau régime de ces accords ne prévoit aucune clause obligatoire imposant des contreparties à l'employeur (contrairement à ce qui était prévu pour les accords de préservation ou de développement de l'emploi).

Cette contestation des accords collectifs par voie d'exception offre des perspectives particulières en matière de licenciement fondé sur le refus par le salarié de la modification du contrat de travail par l'effet de l'accord : elles seront examinées ci-dessous.

III. La faculté offerte au juge de moduler les effets dans le temps de l'annulation qu'il prononce

La volonté de mettre les accords collectifs hors de contrôle du juge, sitôt écoulé le délai de deux mois, s'accompagne d'une considérable et curieuse extension des pouvoirs conférés à ce dernier dans l'hypothèse où, ayant été saisi dans le délai, il trouve effectivement matière à annuler l'accord contesté. L'article L.2262-15 prévoit, en effet, qu'il peut alors décider, « *s'il lui apparaît que l'effet rétroactif de cette annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets, que l'annulation ne produira ses effets que pour l'avenir ou de moduler les effets de sa décision dans le temps ...* ».

Il n'est évidemment pas indifférent que la seule disposition ayant pour objet d'étendre les pouvoirs du juge soit destinée à lui permettre de laisser

survivre, au moins temporairement, un accord dont il aura pourtant constaté l'illégalité ! Et ce n'est pas faire preuve d'un pessimisme exagéré que d'imaginer l'usage qui pourra être fait de ces dispositions, par exemple en cas d'annulation d'une convention de forfait-jours ... Mais il faut surtout s'interroger sur le sens à donner à cette disposition et, par conséquent, sur l'étendue réelle des pouvoirs du juge. Sans doute, la formule selon laquelle l'annulation pourra ne produire ses effets « *que pour l'avenir* » et les justifications auxquelles le juge devra se référer (« *des conséquences manifestement excessives en raison des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer* ») ne suscitent pas de difficultés particulières. Il n'en va pas de même, en revanche, de la formule selon laquelle le juge pourra « *moduler les effets de sa décision dans le temps* ». Venant naturellement à l'esprit, le rapprochement avec les dispositions qui permettent au Conseil Constitutionnel d'aménager dans le temps les effets d'une décision

d'annulation d'une disposition législative rendue dans le cadre d'une QPC laisse à cet égard songeur (14). Elles prévoient, en effet, que le Conseil « *détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause* ». On admettra que, par comparaison, la faculté offerte au juge judiciaire de « *moduler les effets dans le temps* », sans aucune autre précision, de sa décision d'annulation d'un accord lui offre une latitude d'action autrement plus large. L'impression domine,

avec cette formule, que le juge fera en réalité ce qu'il veut. Il pourra, en tout cas, s'autoriser non seulement à neutraliser l'effet rétroactif de l'annulation, mais aussi, et surtout, à en reporter les effets dans le futur sans que le texte ne lui impose aucune autre limite que de conserver à ce report une caractère « *temporaire* »... et ce, au motif de « *l'intérêt général* » pouvant s'attacher au maintien des effets d'un accord... illégal ! Voilà donc, tout à coup, un juge qui, loin d'être bridé, se trouve doté de pouvoirs tout à fait extraordinaires.

IV. Le plafonnement des dommages-intérêts dus à raison d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Classiquement, deux stratégies peuvent être envisagées pour tenter de se débarrasser d'une disposition, dont on ne dira jamais assez combien elle est injuste et perverse (15). Une stratégie « principale » consistera à tenter de la faire déclarer incompatible avec un texte de valeur supérieure dans la hiérarchie des normes, soit pour en obtenir l'annulation (ce sera l'objet du contrôle de constitutionnalité), soit pour obtenir qu'elle reste inappliquée (c'est l'objet du contrôle de conventionnalité). Une stratégie subsidiaire consistera à tenter d'en réduire le champ d'application en obtenant du juge qu'il l'écarte dans certaines hypothèses particulières.

Plusieurs auteurs ont déjà minutieusement exploré la voie « principale » du contrôle de conformité du plafonnement des dommages-intérêts aux normes supérieures (16). On se contentera donc ici d'un bref rappel des données de la question et de l'estimation des espoirs que chaque voie peut, ou pas, faire raisonnablement naître. On sait que le Conseil constitutionnel a déjà validé le principe du plafonnement en considérant « *qu'en prévoyant que les montants minimal et maximal de l'indemnité accordée par le juge en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse sont fonction croissante des effectifs de l'entreprise, 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* » (17). De sorte que cette voie peut sembler assez hermétiquement close. Du côté de la CJUE, les espoirs paraissent tout aussi minces puisque, si l'article 30

de la Charte des droits fondamentaux de l'UE impose que le licenciement soit justifié par un motif légitime, en revanche, il laisse les modalités d'indemnisation à la discrétion des États membres. Quant à la CEDH, elle ne sanctionne l'atteinte au droit de propriété que peut constituer, par extension, l'amputation de la réparation intégrale résultant du barème que si elle s'assimile à une véritable spoliation, ce qu'il paraît difficile de soutenir ici.

Restent alors l'article 10 de la convention 158 de l'OIT et l'article 24 de la Charte sociale révisée (adoptée en 1996 par les États membres du Conseil de l'Europe) tel qu'interprété par le Comité européen des droits sociaux (CEDS), organe chargé du contrôle de l'application de la Charte : ils exigent, l'un comme l'autre, que la réparation du licenciement injustifié prenne la forme d'une indemnisation « *adéquate* ». Or, une décision a été rendue le 8 septembre 2016 par le CEDS, qui conclut à la non-conformité de la loi finlandaise à la Charte sociale révisée qui enferme l'indemnité de licenciement injustifié entre un minimum de 3 mois et un maximum de 24 mois de salaire. Le CEDS a, en effet, jugé qu'un plafonnement de l'indemnité de licenciement injustifié, même fixe à 24 mois de salaire, ne permet pas une « *réparation adéquate* », au sens de la Charte, du préjudice subi par le salarié, dans la mesure où ce préjudice peut, dans certains cas, être supérieur à cette limite. Dans quelles conditions cette décision pourra-t-elle être mobilisée pour s'attaquer au barème français ? C'est maintenant l'affaire des praticiens que de s'attacher à lui donner la plus grande portée. Si aucun organe juridictionnel n'est spécifiquement dédié au contrôle

(14) Article 62 de la Constitution.

(15) v. Cyril Wolmark, « L'encadrement de l'indemnisation du licenciement injustifié », Dr. Ouv., décembre 2017, p. 733.

(16) Jean Mouly, « Le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié devant le Comité européen des droits sociaux. Une

condamnation de mauvais augure pour la « réforme Macron » ? », Droit Social 2017. 745 ; Patrice Adam, « Libertés fondamentales et barémisation : la grande évasion », RDT, octobre 2017 p. 643.

(17) Décision n°2015-715 DC du 5 août 2015, Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

de l'application des conventions de l'OIT par les États signataires, l'article 10 de la convention 158 peut, en effet, être invoqué devant les juridictions internes, dans le cadre du contrôle de conventionnalité qu'elles opèrent, pour obtenir que l'application du barème soit écartée dans telle ou telle affaire examinée par le Conseil de prud'hommes. Certes, l'exigence d'une indemnisation « adéquate » ne semble pas exclure, par principe, l'application d'un barème, dès lors qu'il apparaîtra suffisamment modulé et proportionné dans ses modalités de mise en œuvre. En revanche, le plafonnement qu'opère le nouvel article L. 1235-3 pourrait bien s'avérer incompatible avec cet impératif d'adéquation, au moins dans certaines hypothèses tenant à l'ancienneté du salarié et à l'effectif de l'entreprise.

En disposant que l'article L. 1235-3 n'est pas applicable lorsque le juge constate, notamment, que le licenciement est entaché d'une des nullités « afférentes à la violation d'une liberté fondamentale », l'article L. 1235-3-1 offre, par ailleurs, une voie de contournement du barème. Dès lors, un enjeu fort s'attache à la détermination du contenu de la catégorie des libertés fondamentales. Or, leur identification est d'autant plus malaisée que, contrairement aux États qui disposent d'une liste de libertés et droits expressément qualifiés de fondamentaux dans leur Constitution (Allemagne, Espagne, Portugal, Brésil...) ou dans des lois (Italie), aucune qualification de ce genre n'existe en droit français. La qualification a, en réalité, émergé au début des années 1990 et s'est déployée dans des contextes variés. La jurisprudence du Conseil constitutionnel, d'abord, l'attribue progressivement et au cas par cas, soulignant ainsi le caractère ouvert de cette catégorie (18). Plusieurs lois font également référence à des droits fondamentaux, soit en proclamant « fondamental » un droit précis (19), soit en faisant référence à la catégorie des droits ou libertés fondamentaux de façon générique, comme c'est le cas de l'article L. 1235-3-1. Enfin, les juridictions, tant judiciaires qu'administratives, manifestent une propension certaine à recourir à cette qualification dans leurs décisions. En témoignent, par exemple, les références faites aux droits et libertés

protégés par la Convention européenne des droits de l'Homme pour lesquels la qualification de « fondamental » est désormais consacrée. La pluralité de ces sources a pu faire dire à un auteur que « *le caractère fondamental des droits et libertés dans les supports juridiques français est relatif, contextuel, polysémique et plurifonctionnel* », faisant ainsi apparaître une pluralité de conceptions ni entièrement compatibles entre elles, ni, à l'inverse, exclusives les unes des autres (20). On retiendra surtout que la catégorie des droits fondamentaux reste ouverte, de sorte qu'il appartiendra au juge prud'homal de dire, au cas par cas, si tel ou tel licenciement est entaché d'une nullité « afférente à la violation d'une liberté fondamentale », justifiant ainsi que le barème soit écarté.

À ces difficultés, liées à l'identification du périmètre exact des droits et libertés fondamentaux dont la violation par l'acte de licencier permettra de s'abstraire du barème, s'ajoutent celles relatives à la pertinence de leur invocation. Ainsi, tout licenciement ne pourra évidemment pas être considéré, *a priori*, comme étant intrinsèquement « entaché d'une nullité », alors même qu'il compromet indéniablement l'exercice du droit fondamental à l'emploi de celui qui en est victime. En privant le barème de toute portée, une compréhension à ce point extensive du droit à l'emploi irait manifestement très au-delà de celle que le Conseil constitutionnel lui attribue traditionnellement. De même, le salarié licencié pour avoir refusé la modification de plein droit de son contrat de travail résultant d'un accord collectif ne pourrait-il pas invoquer la violation de la liberté contractuelle, pourtant constitutionnellement protégée (21) : si la décision de licencier est bien la conséquence du refus de voir porter une atteinte au contrat de travail légalement formé, cette atteinte n'est pas le fait de l'employeur, mais bel et bien l'effet de la loi elle-même, qui substitue d'autorité les dispositions de l'accord à celles, non compatibles, du contrat de travail ... Il paraît difficile de considérer, dans ces conditions, que le licenciement prononcé au motif du refus du salarié de voir consacrer les effets de la loi serait « entaché d'une nullité afférente à la violation » de la liberté contractuelle.

(18) La première illustration apparaît dans la décision n°81-132 DC du 16 janvier 1982 sur les nationalisations qui affirme « *le caractère fondamental du droit de la propriété* ». Pour les droits et libertés fondamentaux reconnus aux employeurs et aux salariés, v. décision n°98-401 DC du 10 juin 1998, Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail ; y figurent, notamment, « *la liberté d'entreprendre, l'égalité devant la loi et les charges publiques, le droit à l'emploi, le droit syndical, ainsi que le droit reconnu aux travailleurs de participer à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion des entreprises* ».

(19) V. par ex. loi du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs en vertu de laquelle « *le droit au logement est un droit fondamental* ».

(20) Sur l'ensemble de cette question, v. Véronique Champeil-Desplats, « Les droits et libertés fondamentaux en France : genèse d'une qualification » in « Droits fondamentaux et droit social », Dalloz coll. Thèmes et commentaires, 2005, pp. 11-37.

(21) Décision du 10 juin 1998, Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, confirmée par Décision n°2013-672 DC du 13 juin 2013, Loi relative à la sécurisation de l'emploi.

V. La pré-constitution de la cause réelle et sérieuse du licenciement sanctionnant le refus du salarié de voir modifier son contrat de travail par l'effet d'un accord collectif

Il résulte désormais des dispositions de l'article L.2254-2 que les stipulations d'un accord conclu « *afin de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver ou de développer l'emploi ... se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, ...* » et que « *si l'employeur engage une procédure de licenciement à l'encontre du salarié ayant refusé l'application de [cet accord], ce licenciement repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse* ». Il est, en outre, précisé que « *ce licenciement est soumis aux seules modalités et conditions définies aux articles L. 1232-2 à L. 1232-14, ainsi qu'aux articles L. 1234-1 à L. 1234-11, L. 1234-14, L. 1234-18, L. 1234-19 et L. 1234-20.* » On remarquera que la rédaction adoptée par ce texte est exactement la même que celle qui avait été retenue pour les accords de préservation et de développement de l'emploi de la loi *El Khomri* (« *les stipulations de l'accord se substituent de plein droit* » ... « *repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse* »). En revanche, s'agissant des modalités et conditions du licenciement, il n'est plus renvoyé aux dispositions relatives au licenciement individuel pour motif économique, mais seulement à celles relatives au licenciement pour motif personnel. Comme si un licenciement prononcé en conséquence de l'application d'un accord intéressant le fonctionnement de l'entreprise ou le développement de l'emploi pouvait obéir à un motif autre qu'économique !

Comme pour le barème, l'objectif de neutralisation de cette disposition pourrait justifier le recours à deux stratégies différentes, l'une, principale, tendant à en obtenir l'annulation – c'est le contrôle de constitutionnalité – l'autre, subsidiaire, consistant à contester par voie d'exception la légalité de l'accord dont le salarié a refusé l'application : c'est alors une voie de contournement qui serait empruntée.

La conformité du dispositif à la norme constitutionnelle peut être interrogée au regard de deux libertés constitutionnellement protégées : le droit à l'emploi (classiquement opposé à la liberté d'entreprendre) et la liberté contractuelle (malmenée par la remise en cause des clauses du contrat de travail par la substitution de celles de l'accord). On remarquera, à cet égard, qu'aux termes de sa décision du

20 octobre 2017 (22), le Conseil constitutionnel n'a examiné la constitutionnalité de l'article L.2254-2 résultant de la loi « Travail » qu'au regard du droit à l'emploi et non pas au regard de la liberté contractuelle. Une apparente logique pourrait justifier cette option au regard des objectifs de préservation ou de développement de l'emploi que les accords alors en cause étaient censés poursuivre. L'explication serait cependant insuffisante : il n'y avait pas là de raison particulière de ne pas évaluer la constitutionnalité du dispositif au regard du principe de la liberté contractuelle, dès lors que le texte prévoyait déjà, également, que les clauses de l'accord se substituaient de plein droit aux clauses contraires du contrat de travail. La tentation est donc forte d'interroger le Conseil constitutionnel sur ce terrain et ce, d'autant que la justification du développement de l'emploi n'est même plus présente dans les accords tendant seulement « au bon fonctionnement de l'entreprise ». S'agissant du seul fondement du droit à l'emploi, les enseignements susceptibles d'être tirés de la décision du 20 octobre n'encouragent pourtant guère à l'optimisme. Le Conseil a, en effet, conclu que « *le législateur a opéré une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre les exigences constitutionnelles qui découlent du droit d'obtenir un emploi et de la liberté d'entreprendre* » et ce, au bénéfice de considérations tenant aux garanties – pourtant très minimalistes – offertes aux salariés en cas de rupture consécutive au refus de la modification du contrat. Mais il n'est peut-être pas interdit d'espérer, sur ce point, que le Conseil revienne sur sa vision « *équilibrée* » de la conciliation opérée par le législateur, dès lors que ce dernier n'a même pas cru devoir, cette fois, accorder au salarié licencié les garanties propres au licenciement pour motif économique.

Une autre voie pourrait consister à contester la cause réelle et sérieuse du licenciement prononcé par suite du refus de la modification du contrat de travail résultant de l'accord en invoquant, par voie d'exception, l'illégalité de l'accord dont ce licenciement découle. Certes, l'obstacle paraît, *a priori*, quasi insurmontable, dès lors que la loi préconstitue, dans ce cas, la cause réelle et sérieuse. À cela s'ajoute d'ailleurs une difficulté supplémentaire. On relèvera en, effet, que si la décision du Conseil constitutionnel

(22) Décision n°2017-665 QPC du 20 octobre 2017.

du 20 octobre 2017 sur la QPC visant la loi « Travail » n'exclut pas complètement que le licenciement puisse faire l'objet d'une contestation judiciaire, elle semble bien exclure, en revanche, que cette contestation puisse porter sur la validité de l'accord. Pour faire valoir les quelques garanties qui bénéficieraient au salarié licencié par suite de son refus de voir l'accord se substituer à son contrat de travail, le considérant 10 relève, en effet, que « *le fait que la loi ait réputé le licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse n'interdit pas au salarié de contester le licenciement devant le juge afin que ce dernier examine si les conditions prévues au paragraphe II de l'article L. 2254-2 du Code du travail sont réunies* ». Or, ces conditions prévues au II de l'article L. 2254-2 concernent exclusivement les formes et les suites du licenciement (licenciement individuel pour motif économique et adhésion au parcours d'accompagnement personnalisé), à l'exclusion de celles qui concernent la cause du licenciement. On en déduit ainsi, par une lecture *a contrario* de ce considérant, que la validité de l'accord dont le salarié a refusé l'incorporation dans son contrat de travail n'entrerait pas dans le champ du contrôle du juge.

Comment résister à ces objections ? On observera, à titre liminaire, que pas plus que pour les actes réglementaires, la contestation par voie d'exception d'un accord collectif ne peut être fermée *a priori* : le droit d'agir – le droit au juge – constitue le principe et une exception ne peut y être apportée que par une disposition expresse de la loi. Or, ici, la loi n'empêche expressément que la contestation du motif de licenciement. Elle ne dit rien, en revanche, de la contestation par voie d'exception de la validité de l'accord, de sorte que cette contestation doit être considérée comme restant ouverte. Ceci étant posé, il semble que deux voies puissent être explorées. La première part de l'hypothèse qu'à l'issue du contrôle de la validité de l'accord – qu'il opérera par voie d'exception à la demande du salarié licencié – le juge prud'homal constate qu'il est effectivement entaché de nullité. Il s'en déduit alors que cette nullité contamine et affecte la décision de licenciement qui entend tirer les conséquences du refus de se soumettre à cet accord nul. Autrement dit, la nullité qui entache l'accord prive de cause la décision qui entend s'en prévaloir pour motiver le licenciement. Et il faut bien admettre que cette absence de cause opère en amont de la recherche de la cause réelle et sérieuse dont la loi dispense le juge. Car la vérification de la validité de l'accord est préalable à cette recherche, puisqu'elle en conditionne la nécessité : faute d'accord valable,

la question de savoir si le refus du salarié de s'y soumettre est réel et sérieux devient sans objet. Ainsi le juge devrait-il conserver le pouvoir, en dépit des termes de la loi, d'une part, de contrôler la validité de l'accord par voie d'exception et, en cas de nullité avérée, d'en déduire que le licenciement est privé de cause, sans avoir à s'interroger plus avant – comme la loi lui interdit seulement de le faire – sur la question de savoir si le refus du salarié de s'y soumettre est réel et sérieux.

L'autre voie qui pourrait être explorée s'éloigne de la technique de contrôle de la légalité de l'accord par voie d'exception, puisqu'elle ne postule pas l'hypothèse d'une illégalité avérée de l'accord. Elle s'adosse, en revanche, sur le principe, expressément affirmé par les dispositions de la convention n° 158 de l'OIT, suivant lequel le juge ne peut pas être déchargé de sa mission de contrôle du motif réel et sérieux du licenciement. Non seulement, en effet, l'article 8 impose que le salarié qui estime avoir fait l'objet d'une mesure de licenciement injustifiée dispose d'un recours juridictionnel, mais, surtout, l'article 9 impose que l'organe saisi de ce recours soit « *habilité à examiner les motifs invoqués pour justifier le licenciement, ainsi que les autres circonstances du cas et à décider si le licenciement était justifié* ». On objectera peut-être que le texte de l'article L. 2254-2 peut être interprété en ce sens qu'il n'interdit pas expressément au juge d'examiner, au moins formellement, le motif de licenciement tiré du refus du salarié, mais qu'il lui impose seulement de conclure cet examen par le constat du caractère nécessairement réel et sérieux – par l'effet de la loi – de ce motif. L'objection tombera pourtant si le salarié est en mesure de soutenir que son refus de voir appliquer l'accord n'est pas la cause déterminante du licenciement et qu'il n'est invoqué que pour masquer une autre cause, illicite elle, telle, par exemple, que l'activité syndicale qu'il déploie dans l'entreprise. Le juge ne doit pas être privé, en effet, de la faculté d'examiner, non seulement « *les motifs invoqués pour justifier le licenciement* », mais aussi, ainsi que le précise l'article 9, « *les autres circonstances du cas* » et, notamment, celles qui révéleraient l'existence d'un motif de licenciement distinct et « contaminant ». Autrement dit, le champ d'investigations du juge n'est pas limité par le texte, dès lors qu'il examine un autre motif que celui tiré du refus du salarié, une interprétation contraire du texte de l'article L. 2254-2 se heurtant à une objection d'inconventionnalité.

VI. La rupture conventionnelle collective (RCC)

Bien qu'il ne fasse évidemment aucun doute que c'est comme substitut aux licenciements économiques collectifs qu'il aura la faveur des employeurs, ce nouveau mécanisme de rupture des contrats de travail emprunte des techniques propres, tout à la fois, au plan de départs volontaires et à la rupture conventionnelle (23). Le régime en est précisé aux articles L.1237-19 à L.1237-19-4. La nature hybride du dispositif suggère qu'il sera soumis à un double contrôle juridictionnel, du juge administratif sur la décision de validation de l'accord déterminant « *le contenu d'une rupture conventionnelle* » (selon la formule aussi obscure que maladroite de l'article L.1237-19) et du juge judiciaire sur l'exécution de l'accord dans les relations entre l'employeur et les salariés candidats au départ. On notera d'emblée que ce contrôle s'avérera sans doute moins large qu'il n'y paraît ou qu'on pourrait l'espérer, s'agissant du juge administratif. Quant au juge judiciaire, son rôle apparaît encore extrêmement incertain, sinon dans son objet, du moins dans sa portée.

Le contrôle du juge administratif sur la décision de validation sera, sans aucun doute, un contrôle léger (ramené, donc, au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation), d'autant que les conditions que la décision de validation de l'accord doit respecter apparaissent elles-mêmes pour le moins « légères ». L'administration doit, en effet, d'abord vérifier que l'accord est conforme à l'article L.1237-19, alors même que celui-ci n'énonce quasiment aucune condition (« *Un accord collectif peut déterminer le contenu d'une rupture conventionnelle collective excluant tout licenciement pour atteindre les objectifs qui lui sont assignés en termes de suppression d'emplois. L'administration est informée sans délai de l'ouverture d'une négociation en vue de l'accord précité* »). L'administration devra ensuite s'attacher à vérifier « la présence » – et la présence seulement – dans l'accord des mesures prévues à l'article L.1237-19-1. Ainsi le contrôle du juge administratif ne portera-t-il ni sur la pertinence des dispositions de l'accord au regard des objectifs affichés, ni sur leur proportionnalité (et notamment de la proportionnalité entre les moyens dont dispose l'entreprise et les moyens affectés à la restructuration, comme en matière de PSE), ni, enfin, sur la sincérité des mesures visant à faciliter le reclassement externe des salariés sur des emplois équivalents. Enfin, le juge administratif devra contrôler la régularité de la procédure d'information du comité social et écono-

mique, mais avec une double précision qui ruine la portée de ce contrôle : non seulement il s'agira d'une simple information, et non d'une procédure d'information-consultation, mais, au surplus, les modalités n'en sont pas prévues et imposées par la loi, mais seront seulement déterminées par l'accord.

Quant au contrôle du juge judiciaire sur l'exécution de la convention de rupture conventionnelle collective et sur la rupture des contrats, il laisse encore planer de lourdes incertitudes. S'agissant du contrôle de l'exécution de la convention, les questions en suspens sont liées au caractère hybride du dispositif, s'affichant comme un mode de rupture spécifique, distinct du licenciement, mais qui s'inscrit dans une stratégie de réduction d'effectifs qui lui confère indéniablement une dimension économique. Il est ainsi permis de se demander si l'employeur doit s'engager à ne prononcer aucun licenciement pour motif économique pendant la durée d'application de l'accord ou si, au contraire, il en conserve la faculté. Dans l'affirmative, il faudrait alors se demander si les ruptures consécutives à l'exécution de l'accord doivent être incluses dans le décompte des ruptures à prendre en compte pour la mise en place d'une procédure de licenciement économique collectif. Rappelons que c'est ce que la Cour de cassation a jugé, en matière de ruptures conventionnelles individuelles, dans l'affaire *Dentressangle* (24), en visant la directive du 20 juillet 1998, qui assimile aux licenciements « *les cessations du contrat de travail intervenues à l'initiative de l'employeur pour un ou plusieurs motifs non-inhérents à la personne des travailleurs* ». C'est donc ce qu'il conviendra de soutenir.

Quant au contrôle de la rupture, qui résultera de plein droit, selon l'article L.1237-19-2, de la rencontre de la « *candidature* » du salarié et de l'acceptation de l'employeur, il pourrait sembler incertain jusque dans son principe même. Doit-on, en effet, considérer que la cause impulsive et déterminante de la rupture sera à trouver dans une rencontre des consentements, comme c'est le cas en matière de rupture conventionnelle individuelle, ou s'agit-il d'une cause de rupture *sui generis*, en quelque sorte extracontractuelle, comme pourrait le suggérer le choix de qualifier de « *candidature* » l'expression de la volonté du salarié de déclencher ce mécanisme ? L'enjeu réside évidemment dans le pouvoir du juge de vérifier que cette volonté n'est affectée d'aucun vice

(23) v. Raphaël Dalmasso, « La « rupture conventionnelle collective » : une chimère ? », Dr. Ouvr., novembre 2017, p. 649.

(24) Cass. Soc. 9 mars 2011, n° 10-11.581.

du consentement et l'on pourrait, à cet égard, douter, au moins de prime abord, qu'un « simple » acte de candidature puisse faire l'objet d'un tel contrôle. À supposer que cette lecture du texte soit opposée au salarié qui ferait valoir l'existence d'un vice (erreur, dol, violence ...) affectant la validité de sa candidature, plusieurs arguments pourraient toutefois être mobilisés, qui militent fortement en faveur d'un contrôle par le juge. On relèvera, tout d'abord, que, selon les termes mêmes de l'article L.1237-19-2, la rencontre de la candidature du salarié et de l'acceptation de l'employeur emporte rupture du contrat de travail « *d'un commun accord des parties* », de sorte que la nature « contractuelle » de cette rupture est ainsi nettement affirmée. S'y ajoutent les termes de l'article L.1237-17 selon lequel « *ces ruptures, exclusives du licenciement ou de la démission, ne peuvent être imposées par l'une ou l'autre des parties* », d'ailleurs repris mot pour mot de l'article L.1237-11 en matière de rupture conventionnelle individuelle. Ainsi le législateur manifeste-t-il la volonté d'exclure toute pression sur l'une ou l'autre des parties, ce qui revient implicitement, mais nécessairement à inscrire la rupture conventionnelle collective dans un cadre contractuel impliquant un consentement non vicié.

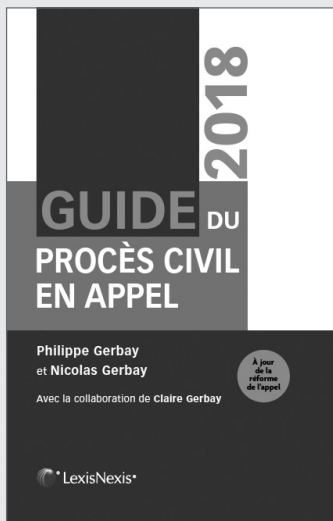
Mais si le contrôle par le juge de la qualité du consentement du salarié semble ainsi acquis en son principe,

le dispositif de la rupture conventionnelle collective n'adopte, en revanche, aucun des mécanismes qui sont censées, en matière de rupture conventionnelle individuelle, garantir la qualité de ce consentement. Le salarié candidat à la rupture ne bénéficiera, en effet, ni d'un entretien – au cours duquel il pourrait se faire assister – lui permettant d'acquérir une connaissance précise et éclairée des conditions et conséquences de la rupture, ni du délai de quinze jours calendaires pour exercer un droit de rétractation.

S'il fallait une conclusion à ce tour d'horizon des dispositions révélatrices de la défiance envers le juge qui s'enracine progressivement dans les évolutions normatives, elle s'inspirerait à nouveau des propos d'Isabelle Meyrat pour souligner que, de même que l'invocation croissante des droits fondamentaux, ce retrait du juge « *n'est autre que le produit de la déshérence d'un ordre public social dévoré par le contrat et l'aspiration croissante du patronat au renforcement de l'autonomie collective* » (25). Les ordonnances *Macron* apparaissent, à cet égard, comme une nouvelle manifestation de la complaisance avec laquelle les pouvoirs publics, en répondant à cette aspiration, organisent l'évitement du juge au profit de ce même patronat.

Patrick Henriot

(25) Isabelle Meyrat, « Droits fondamentaux et droit du travail : réflexions autour d'une problématique ambivalente », préc.



GUIDE DU PROCÈS CIVIL EN APPEL

Par Nicolas Gerbay et Philippe Gerbay

Les professionnels trouveront dans cet ouvrage à caractère essentiellement pratique la réponse aux questions immédiates qu'ils se posent avant d'aborder la procédure d'appel : quelles en sont les conditions d'ouverture ? quels en sont les effets ? à quel type de procédure est-on soumis ? quelles sont les conséquences de la décision de la cour d'appel ? L'originalité du concept tient à ce que, dans chacune des fiches, le praticien dispose de l'ensemble des informations indispensables : textes de référence, jurisprudence récente, avis de la Cour de cassation, illustrations concrètes. Cet ouvrage est à jour de l'importante réforme de l'appel issue du décret n°2017-891 du 6 mai 2017 ainsi que du décret n°2016-660 du 20 mai 2016 relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail. À qui s'adresse ce Guide ? Le Guide du procès civil en appel est composé de 85 fiches organisées selon un plan logique pour une consultation rapide. Il souligne les pièges à éviter et propose des conseils à tous les praticiens confrontés à la procédure d'appel. Les étudiants, de leur côté, pourront appréhender les rouages essentiels du procès civil en appel.

Lexis Nexis – Guides pratiques – Octobre 2017 – ISBN 978-2-7110-2814-6 – 61 euros