

ORDONNANCES MACRON ET NORMES SUPRA-LÉGALES

II. Les nouvelles règles du licenciement

La pré-justification de certains licenciements à l'épreuve des normes supra-légales

par Julien ICARD, Professeur à l'Université de Valenciennes et du Hainaut-Cambrésis

PLAN

- I. La pré-justification et les normes constitutionnelles
- II. La pré-justification et les normes conventionnelles

« *Les Romains, pour s'épargner la peine d'offrir une affliction extérieure dans les funérailles de leurs parents et de leurs amis, ou pour augmenter l'aspect de leur deuil, établirent l'usage d'un chœur de pleureuses, qu'ils placèrent à la tête du convoi, et qui, par des chants lugubres et par des larmes affectées, tâchaient d'émouvoir le public en faveur du mort que l'on conduisait au bucher. Elles avaient à leur tête une femme qui réglait le ton sur lequel elles devaient pleurer ; on les appelait *præficæ* ».* **Sommes-nous, à l'instar de ce que décrit Louis de Jaucourt dans l'Encyclopédie de Diderot et d'Alembert, les pleureuses du droit du travail et Dirk Baugard est-il notre *præficæ* ? La question peut sembler incongrue. La thématique choisie par notre hôte pourrait facilement être perçue comme le baroud d'honneur des juristes réfractaires au changement. Analyser le bien-fondé de la réforme *Macron* du point de vue de l'articulation des normes ne nous semble pourtant pas un acte politique, mais s'inscrit dans la lignée d'une réflexion critique, somme toute assez classique. La validité juridique de la réforme est sans incidence sur son éventuelle opportunité politique. Pour ce qui nous concerne, nous assumons donc notre statut de pleureuse. Nous tâcherons de pleurer de manière audible et rationnelle, en présentant le plus honnêtement possible le résultat de nos réflexions.**

Ces dernières portent sur la compatibilité, au regard des normes constitutionnelles et conventionnelles, de la pré-justification des motifs de licenciement dans le contrat de chantier ou dans le nouvel accord sur le fonctionnement de l'entreprise (1). La pré-justification est un terme décrivant le processus par lequel le législateur et/ou l'accord collectif postulent par avance qu'un motif de licenciement sera considéré comme justifié. Elle n'est pas inconnue du droit du travail, certains employeurs ayant tenté de la mettre en œuvre par des clauses d'objectifs. Cette pré-justification contractuelle a cependant été neutralisée, le juge conservant son pouvoir d'appréciation sur le motif invoqué (2). Le procédé est désormais mis en œuvre conjointement

par le législateur et l'accord collectif. Inauguré la loi de sécurisation de l'emploi avec l'accord de maintien de l'emploi, le processus a été amplifié par la loi « Travail » de 2016 et bien sûr les ordonnances *Macron* du 22 septembre 2017 sur deux terrains : d'un côté (3), lorsque le salarié refuse la modification de son contrat de travail par l'accord (4) prévu à l'article L. 2254-2 du Code du travail, rebaptisé accord répondant « *aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi* » puis finalement « *accord de performance collective* » par la loi de ratification des ordonnances (5), l'employeur peut procéder à un licenciement qui « *repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse* » (6) ;

(1) V. déjà, sur les accords dans leur version 2016, D. Baugard et L. Gratton, « Les accords de préservation ou de développement de l'emploi : premier regard conventionnel et constitutionnel », *Dr. Soc.* 2016, 745.

(2) Cass. Soc. 14 nov. 2000, n°98-42.371, *Bull. civ. V*, n°367 ; *Dr. Soc.* 2001, 99, n. Ph. Waquet ; *JCP E* 2001, 574, n. F. Petit ; *Dr. et patri.* 2001, p. 118, n. P.-H. Antonmattei. *Conf.* : Cass. Soc. 2 mars 2005, n°02-46.534.

(3) Ordonnance n°2017-1385 du 22 sept. 2017 relative au renforcement de la négociation collective.

(4) Cette formulation sera retenue quoiqu'elle soit discutable et discutée (v. not. G. Couturier, *L'ambivalence des rapports entre contrat de travail et convention collective*, *Sem. Soc. Lam.* 2012, n°1534, p. 7). Sur l'ensemble de la question, v. D. Baugard et L. Gratton, art. préc.

(5) Loi n°2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n°2017-1340 du 15 sept. 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, *J.O.* n°76, 31 mars 2018.

(6) *C. trav.*, L. 2254-2.

de l'autre (7), la rupture du contrat de chantier ou d'opération, organisée par accord collectif de branche étendu (8), « qui intervient à la fin du chantier ou une fois l'opération réalisée, repose sur une cause réelle et sérieuse » (9). Dans les deux hypothèses, la loi répute réel et sérieux le motif de rupture du contrat de travail, mais le recours à ce motif pré-justifié suppose l'existence d'un accord collectif. La pré-justification revêt une intensité différente dans le contrat de chantier ou dans l'accord de performance collective, qu'il s'agisse du cadre conventionnel de recours ou des effets individuels de la pré-justification (10). Il n'en reste pas moins que le procédé vise à exclure tout contrôle du juge lorsque la rupture se réalise dans l'hypothèse prévue par la loi et mise en œuvre par accord collectif.

Ainsi, le droit moderne du travail, afin de rendre plus prévisible la rupture du contrat de travail, s'emploie à permettre une prédétermination de causes justificatives de rupture par le biais d'une subtile articulation entre la loi et la norme conventionnelle. La pré-justification conventionnelle sera-t-elle aussi inefficace que la pré-justification contractuelle (11) ? Rien n'est moins sûr dans la mesure où, d'une part, la loi l'autorise et où, d'autre part, elle la subordonne à l'existence d'un accord collectif qui jouit, depuis quelques années, d'une légitimité particulière. Pour autant, son efficacité intrinsèque dépend de sa validité extrinsèque, de sorte qu'il est indispensable d'interroger la pratique de la pré-justification sous l'angle constitutionnel (I) et conventionnel (II).

I. La pré-justification et les normes constitutionnelles

Concernant l'accord sur le fonctionnement de l'entreprise ou le contrat de chantier, la question est à la fois très ouverte sur le principe et potentiellement fermée puisque, saisi par voie de question prioritaire de constitutionnalité (QPC), le Conseil constitutionnel avait conféré, à la fin de l'année 2017, un brevet de constitutionnalité (sous réserve) à l'article L. 2254-2 du Code du travail dans sa version issue de la loi « Travail » (12).

À nouveau saisi de cette question à propos de la loi de ratification des ordonnances, le Conseil constitutionnel s'est prononcé une seconde fois sur ce type d'accord, la modification opérée par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail constituant, sans nul doute, un changement des circonstances de droit justifiant une nouvelle saisine. Eu égard à la décision du 20 octobre 2017, il n'y avait pas grand-chose à attendre d'une nouvelle décision du juge constitutionnel et, sur ce point au moins, il y a une grande constance.

Dans une décision du 21 mars 2018 (13), le Conseil constitutionnel confirme globalement sa solution en la précisant quelque peu. Dans la première décision, il a ainsi été jugé que « le fait que la loi ait réputé le licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse n'interdit pas au salarié de contester ce 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 », ce dont il s'évince 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 ». Dans la seconde décision, le juge constitutionnel insiste : « si le salarié qui s'oppose à la modification de son contrat de travail par un accord de performance collective peut être licencié pour ce motif, le législateur a apporté à ce licenciement les mêmes garanties que celles prévues pour le licenciement pour motif personnel, en matière d'entretien préalable, de notification, de préavis et d'indemnités. En outre, le fait que la loi ait réputé le licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse n'interdit pas au salarié de contester ce licenciement devant le juge afin que ce dernier examine si les conditions prévues aux paragraphes III à V de l'article L. 2254-2 du Code du travail sont réunies ». Il en déduit la conformité des dispositions de l'article à la Constitution.

Sur le fond, les décisions rendues sont décevantes, peu convaincantes, mais instructives.

La première décision est particulièrement décevante, car la motivation du juge constitutionnel est fort concise et sans rapport avec l'inconstitutionnalité alléguée par les requérants. La CGT, syndicat

(7) Ordonnance n° 2017-1387 du 22 sept. 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail.

(8) C. trav. L. 1223-8.

(9) C. trav. L. 1236-8.

(10) V. sur ce point J. Icard, « Les contours de la pré-justification », Cah. Soc. Déc. 2017, p. 598.

(11) V. *supra*.

(12) Cons. const. 20 oct. 2017, n° 2017-665 QPC.

(13) Cons. const. 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 sept. 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.

intervenant, soutenait qu'en « *qualifiant de cause réelle et sérieuse le motif du licenciement du salarié ayant refusé la modification de son contrat de travail, priveraient l'intéressé du bénéfice du contrôle du juge sur ce motif* » (14). Le Conseil constitutionnel juge que l'article en cause ne prive le salarié du droit de saisir le juge, rattachant cette question à la violation du seul droit à l'emploi, auquel le juge constitutionnel ne confère qu'une faible portée constitutionnelle. La seconde décision ne l'est pas moins, même s'il est vrai que le droit au juge n'était pas invoqué par les requérants.

En outre, les deux décisions n'emportent pas notre conviction. Le grief d'atteinte au droit au juge est rejeté en considérant, dans la décision d'octobre 2017, que le juge peut « *examiner si les conditions prévues au paragraphe II de l'article L. 2254-2 du Code du travail sont réunies* » (15). Or, le paragraphe II de l'article L. 2254-2 du Code du travail ne contient aucune condition *stricto sensu*. Même tonalité dans la décision de 2018 : « *le fait que la loi ait réputé le licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse n'interdit pas au salarié de contester ce licenciement devant le juge afin que ce dernier examine si les conditions prévues aux paragraphes III à V de l'article L. 2254-2 du Code du travail sont réunies* » (16). Ces dispositions auxquelles il est fait référence se contentent de rappeler le régime procédural du licenciement (17) découlant du refus du salarié. Ainsi, pour le Conseil constitutionnel, l'impossibilité pour le juge de contrôler le caractère fondé ou non de la rupture serait compensée par la faculté pour ce dernier de contrôler les conditions procédurales de la rupture. Il aurait été intéressant que le juge constitutionnel se prononce clairement sur la faculté pour le législateur de modeler le pouvoir du juge au regard, non pas simplement du droit à l'emploi, mais du droit à « *un «recours juridictionnel effectif» qui découle de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* » (18). À ce titre, le juge constitutionnel aurait pu analyser réellement et concrètement l'atteinte au droit au juge, notamment en examinant le lien entre l'atteinte au droit au juge et la motivation économique de l'accord (19). En effet, l'accord de maintien de l'emploi, créé par la loi de sécurisation de l'emploi de 2013, doit, quant à lui, être justifié par de graves difficultés économiques conjoncturelles, de sorte qu'il

est loisible de penser que la justification économique d'un tel accord, éventuellement sous contrôle du juge, pourrait compenser l'éviction du contrôle judiciaire au stade de la rupture du contrat (en cas de refus du salarié, reposant sur une cause réelle et sérieuse). Tel était déjà moins le cas des accords de développement et de maintien de l'emploi dans leur version 2016, puisqu'il ne s'agissait plus d'un « *accord collectif justifié* » (20). Malgré l'exigence d'un préambule, l'accord n'était pas soumis à une cause économique spécifique. Le raisonnement vaut, *a fortiori*, pour l'accord de performance collective, qui n'est, quant à lui, soumis à aucune exigence. Sur ce point, la seconde décision du Conseil est plus précise, sans pour autant être plus convaincante. Le juge constitutionnel estime qu'un « *accord de performance collective peut être conclu s'il est justifié par des nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise [permettant] aux entreprises d'ajuster leur organisation collective afin de garantir leur pérennité et leur développement. [...] Il appartient aux partenaires sociaux de déterminer, lors de la négociation de l'accord, les motifs liés au fonctionnement de l'entreprise justifiant d'y recourir et, à ce titre, de s'assurer de leur légitimité et de leur nécessité. [...] Enfin, le cas échéant, la pertinence des motifs ayant justifié l'accord peut être contestée devant le juge* » (21). Cette dernière précision doit être lue à la lumière, d'une part, de l'article L. 2262-13 du Code du travail, qui précise 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* », et, d'autre part, de l'article L. 2262-14, selon lequel cette contestation est enfermée dans un délai de deux mois. Dès lors, deux questions se font jour : le salarié pourrait-il contester son licenciement en contestant les motifs de l'accord ? Dans quel délai pourrait-il exercer son action ? À la deuxième question, il est loisible de répondre que le nouveau délai d'un an pour contester la rupture de son contrat de travail n'est pas remis en cause par le délai de deux mois, le juge constitutionnel ayant précisé que « *l'article L. 2262-14 ne prive pas les salariés de la possibilité de contester, sans condition de délai, par la voie de l'exception, l'illégalité d'une clause de convention ou d'accord collectif, à l'occasion d'un litige individuel la mettant en œuvre* » (22). Quant à la question du lien entre licenciement et accord, la

(14) Cons. const. n°2017-665 QPC, préc.

(15) Cons. const. n°2017-665 QPC, préc., cons. 10.

(16) Cons. const. n°2018-761 DC, préc., cons. 28.

(17) Suite à la loi n°2018-217 (préc.), la procédure de licenciement éventuel doit être engagée dans un délai de deux mois à compter de la notification du refus du salarié. La méconnaissance de ce délai devrait logiquement, au regard de ce qui est pratiqué en matière disciplinaire, être sanctionnée par un défaut de cause et réelle et sérieuse.

(18) Cons. const. 21 janv. 1994, n°93-335 DC ; 9 avr. 1996, n°96-373 DC ; 23 juill. 1999, n°99-416 DC ; 19 déc. 2000, n°2000-437 DC.

(19) Sur cette question, v. égal. D. Baugard et L. Gratton, art. préc., spéc. n°30.

(20) E. Peskine, « Les accords de maintien dans l'emploi, ruptures et continuités », RDT 2013, 169.

(21) Cons. const. n°2018-761 DC, préc., cons. 27.

(22) Cons. const. n°2018-761 DC, préc., cons. 36.

difficulté résiderait alors, sur le plan conventionnel – *quid* sur le plan constitutionnel ? –, dans une charge de la preuve pesant exclusivement sur le salarié (23). Le Conseil constitutionnel semble, par ailleurs, considérer que les motifs de recours à un tel accord pourraient être contestés devant un juge, tout en estimant qu'il appartient aux partenaires sociaux d'en apprécier la légitimité et la nécessité. Ces deux considérations nous semblent incompatibles, même en considérant que le Conseil forme une réserve implicite d'interprétation quant à la notion de nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise, dont l'essence serait « *d'ajuster leur organisation collective afin de garantir leur pérennité et leur développement* ». En effet, apprécier la pertinence du motif suppose, dans notre hypothèse, d'apprécier l'opportunité du dispositif au regard de la situation alléguée et de la finalité recherchée. Or, la Cour de cassation juge, de manière constante, qu'elle n'est pas juge de l'opportunité des décisions unilatérales de gestion (24). Il n'y a aucune raison, *a fortiori*, qu'elle le devienne pour les décisions conventionnelles de gestion.

Les deux décisions sont enfin instructives car elles témoignent de la timidité, voire du retrait du juge constitutionnel face aux législations contra-régula-

trices assises sur l'idéologie économique orthodoxe. Le droit à l'emploi, sans doute en raison de sa nature (25), ne permet pas de remettre en cause, contrairement à ce que certains auteurs avaient espéré (26), des législations visant à flexibiliser la rupture du contrat de travail (27). Le Conseil constitutionnel l'a clairement énoncé [en 2006, à propos du contrat première embauche, dans une décision procédant « *d'une intériorisation de la rationalité économique* » (28) : non seulement « *la suppression des garanties du droit à l'emploi* », telle que « *la motivation du licenciement* », ne « *porte pas au droit à l'emploi des jeunes une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi* », mais, mieux, « *la faculté donnée à l'employeur de ne pas expliciter les motifs de la rupture du «contrat première embauche» [...] tend à mettre en œuvre, au bénéfice des intéressés, l'exigence résultant du cinquième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946* ». Le droit à l'emploi peut donc procéder d'une facilitation des licenciements (29). Or, sauf évolution jurisprudentielle, on ne distingue pas d'autres normes constitutionnelles susceptibles de protéger les droits des salariés.

Les choses se présentent fort différemment du point de vue conventionnel.

II. La pré-justification et les normes conventionnelles

L'examen de la conventionnalité des dispositions relatives à la pré-justification dans le contrat de chantier ou l'accord de performance collective suppose d'identifier au préalable les dispositions conventionnelles mobilisables et de s'interroger

sur leur éventuel effet direct (30). En effet, dans la mesure où il s'agit d'apprécier la compatibilité d'une norme interne à une norme internationale, donc pour le juge de pratiquer un contrôle de conventionnalité pouvant mener à une mise à l'écart du texte

(23) *V. infra*.

(24) Cass. Ass. plén. 8 déc. 2000, *SAT*, n°97-44.219, Bull. A. P., n°11 ; Dr. Soc., 2001, 126, n. P. de Caigny ; Cass. Soc. 7 avr. 2004, n°01-42.882, Bull. civ. V, n°112.

(25) *V. en ce sens X. Prétot*, « Les bases constitutionnelles du droit à l'emploi », Dr. Soc.1991, 187 ; L. Gay, « La notion de droits-créance à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité », CCC 2004, 148.

(26) A. Jeammaud et M. Le Friant. « L'incertain droit à l'emploi », *Travail, genre et sociétés*, vol. 2, n°2, 1999, pp.29-45 : « Imaginons qu'une loi abroge les articles du Code du travail encadrant aujourd'hui la cessation du contrat de travail et en particulier le licenciement (*exigence d'une cause réelle et sérieuse, obligation de suivre une procédure préalable et de notifier par écrit l'acte et ses motifs, versement de diverses indemnités liées à l'ancienneté du salarié*), en vue de «libérer» la résiliation unilatérale du contrat de travail à durée indéterminée et lever «l'hypothèque du licenciement interdit» dont on prétend qu'elle dissuade les employeurs d'embaucher. Cette loi s'exposerait à une déclaration d'inconstitutionnalité pour violation du droit à l'emploi dont fait état le préambule ». Souligné par nous.

(27) A. Lyon-Caen, « Le droit du travail et la liberté d'entreprendre », Dr. Soc.2002, 258, spéc. § 6 : « *Imagine-t-on le juge constitutionnel prendre parti sur l'efficacité économique et sociale d'une loi sociale ? Or telle est bien la tâche qu'il s'assignerait s'il décidait de se prononcer sur les effets dans la gestion des entreprises de nouvelles dispositions relatives [...] au licenciement* ». *V. égal.* en ce

sens A Fabre, « Inépuisable droit à l'emploi... qui justifie tout et ne protège rien », RDT 2017, 720.

(28) R. Garnier, « La pénétration des exigences économiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », RDP 2004, 457.

(29) Cette position du juge constitutionnel s'expliquerait par la nature des droits en cause. Une liberté fondamentale, telle la liberté d'entreprendre, pourrait certes être restreinte par un droit-créance, tel le droit à l'emploi, mais ne pourrait lui porter une atteinte substantielle (L. Gay, art. préc.,spéc. p.149). *V. en ce sens X. Prétot*, art. préc., spéc. p.195. L'auteur évoque également la « *place mineure* » des droits sociaux dans l'édifice constitutionnel.

(30) *V. déjà en ce sens CE, Ass. 22 juin 2017, n°393.357, spéc. § 8* : « *Le projet de loi habilite le Gouvernement à harmoniser le régime juridique de la rupture du contrat de travail en cas de refus par le salarié des modifications de son contrat issues d'un accord collectif, notamment d'un accord de réduction négociée du temps de travail, d'un accord d'aménagement du temps de travail, d'un accord de mobilité interne, d'un accord de maintien de l'emploi ou d'un accord en faveur de la préservation et du développement de l'emploi. Il appartiendra au Gouvernement de veiller, au stade de l'ordonnance, à ce que les dispositions prises sur le fondement de cette habilitation respectent les principes de valeur constitutionnelle et les conventions internationales applicables en la matière, notamment la convention n°158 de l'Organisation internationale du travail* ».

interne, l'effet direct est indispensable (31). Outre l'article 30 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne relatif au licenciement injustifié, dont il y a fort à parier qu'il sera jugé sans effet direct eu égard à sa rédaction, deux textes méritent d'être évoqués (32) : d'une part, la convention n° 158 de l'OIT sur le licenciement, notamment ses articles 4, 8 et 9, selon lesquels le licenciement doit être fondé sur un motif valable (art. 4), motif que le salarié peut contester en justice (art. 8) et que les juges doivent pouvoir contrôler (art. 9) ; d'autre part, la Charte sociale européenne, spécialement son article 24, qui prévoit notamment l'obligation d'un motif valable de licenciement et le droit au recours contre cette mesure devant un organe impartial. Toutes ces dispositions jouissent d'un effet direct. Les trois articles de la convention n° 158 de l'OIT ont été implicitement reconnus d'effet direct : certains dans l'arrêt *CNE* rendu par le Conseil d'État le 19 octobre 2005 (33) ; d'autres dans l'arrêt *CNE* rendu par la Cour de cassation (34). Quant à l'article 24 de la Charte sociale européenne, la Cour de cassation ne s'est jamais prononcée explicitement à son sujet (35), mais le Conseil d'État, après avoir longtemps refusé de reconnaître tout effet direct à la Charte (36), a reconnu explicitement un effet direct à son article 24 (37).

Reste alors à examiner les possibles incompatibilités entre les textes internes relatifs à la pré-justification et les textes internationaux susmentionnés.

La première question est relative au caractère valable du motif exigé par l'article 4 de la convention n° 158 et par l'article 24, l'un comme

l'autre exigeant un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service. Pour le contrat de chantier, le motif découle de la « *fin du chantier ou la réalisation de l'opération* ». Quelle serait alors la nature du motif de rupture en cas de fin de chantier ? Devrait-on l'induire du régime légal du licenciement ou la déduire de la nature de la cause de rupture ? Une analyse inductive à partir du régime conduirait à juger qu'il s'agit d'un licenciement pour motif personnel, tandis qu'une analyse déductive à partir de la nature du fait sous-jacent à la rupture – la fin du chantier – laisserait penser à un motif non-inhérent à la personne du salarié, donc économique. La seconde hypothèse, quoique contraire au régime légal, nous semble plus vraisemblable : un tel motif devrait être considéré comme lié aux nécessités de fonctionnement de l'entreprise. Plus délicate est la question tenant à la rupture du contrat de travail en raison du refus d'application de l'accord de performance collective, la loi disposant qu'il s'agit d'un « *motif spécifique* » (38). Or, si l'accord peut précisément résulter des « *nécessités de fonctionnement de l'entreprise* », le régime du licenciement prononcé est, quant à lui, personnel (39). La confusion entretenue sur la nature du motif est incompatible, nous semble-t-il (40), avec les deux articles qui exigent que le motif soit rattachable aux aptitudes, aux compétences ou aux nécessités de fonctionnement de l'entreprise. L'incompatibilité pourrait avoir pour effet d'évincer le caractère spécifique et de requalifier le motif soit en motif non inhérent à la personne du salarié, c'est-à-

(31) V. par ex. CJUE, 15 janv. 2014, C-176-12 ; D. 2014. 705, n. S. de La Rosa ; Cah. Soc. févr. 2014, p. 106, obs. F. Canut ; JCP 2014. 319, n. H. Surrel ; SSL 2014. 1618, n. P. Rodière ; JDA 2014. 336, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère ; Dr. Soc. 2014, 408, n. J. Icard.

(32) Sur le raisonnement mené par la Cour en la matière, v. not. CJUE, 15 janv. 2014, C-176-12, préc.

(33) CE, Sect., 19 oct. 2005, n° 283.471 ; JCP S 2005, 1317, n. R. Vatinet ; SSL 2006, n° 1243, p. 5, n. P. Rodière ; JCP E 2005, 1942, n. P. Morvan : « *les règles de rupture du contrat nouvelles embauches pendant les deux premières années suivant la date de sa conclusion ne dérogent pas aux stipulations des articles 8-1, 9 et 10 de la convention internationale du travail n° 158* ».

(34) Cass. Soc., 1^{er} juill. 2008, n° 07-44.124, Bull. civ.V, n° 146 ; D. 2008, 1986, n. S. Maillard ; JCP S 2008, n° 43, 1548, n. F. Dumont ; Dr. Ouv. 2008, n° 723, p. 512, n. A. Chirez.

(35) V. toutefois Cass. Soc. 12 janv. 2011, n° 09-41.904.

(36) CE, 20 avr. 1984, n° 377.72 et 377.74. V. égal. CE, Sect., 19 oct. 2005, préc. : « *les syndicats requérants ne sont pas fondés à soutenir que l'ordonnance attaquée méconnaîtrait les stipulations de la convention internationale du travail n° 158 ni, en tout état de cause, celles de l'article 24 de la Charte sociale européenne* ». Souligné par nous.

(37) CE, 10 févr. 2014, n° 358.992, Dr. Soc., 2014, 474, n. J. Mouy ; RDLF 2016-22, n. C. Nivard ; « *l'objet n'est pas de régir exclusivement les relations entre les États et qui ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des*

particuliers, peut être invoquée utilement par un particulier pour contester la légalité d'un acte réglementaire ».

(38) C. trav., L. 2254-2, I.

(39) V. *contra* ant. sous l'empire de la loi « Travail », le régime du licenciement prononcé était le régime du licenciement pour motif économique individuel. À ce titre, le Conseil d'État avait jugé que « *cette disposition ne méconnaît pas, en outre, les stipulations de la convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail, dont l'article 4 subordonne la rupture du contrat de travail et le licenciement à un « motif valable » lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise ou de l'établissement* » (CE, Ass. gén. 17 mars 2016, avis).

(40) CE, 16 nov. 2017, CGT, n° 415.063. Interrogé sur la compatibilité entre les nouvelles dispositions légales et les dispositions conventionnelles, le Conseil d'État ne répond pas sur ce point (v. spéc. § 12) et juge par ailleurs que « *s'agissant des dispositions de cet article qui organisent la procédure de licenciement du salarié qui aura refusé la modification de son contrat de travail, il résulte des termes mêmes du VI de l'article L. 2252-2 [sic] du Code du travail dans sa rédaction issue de l'article 3 de l'ordonnance que ses modalités d'application seront précisées par décret* ». Outre une faute – de frappe, sans doute, portant sur l'article cité – le Conseil d'État commet, nous semble-t-il, une erreur en attribuant à la procédure de licenciement des dispositions réglementaires – « *précisées par décret* » – qui concernent, aux termes de l'article VI de l'article L. 2254-2, l'abondement au compte personnel de formation.

dire lié aux nécessités de fonctionnement de l'entreprise (41), soit, de manière plus étonnante, en motif inhérent à la personne du salarié en considérant que le motif réside dans la situation née du refus du salarié.

La deuxième question est relative à la contestation du licenciement sous son double aspect de droit de recourir à un juge et de droit pour le juge de contrôler le licenciement, prévus respectivement aux articles 8 et 9 de la convention OIT et 24 de la Charte sociale européenne (42). Le droit de recours des articles 8 de la convention OIT et 24 de la Charte sociale concerne « la mesure », c'est-à-dire la rupture du contrat de travail, et non pas le motif de cette rupture. Cette considération n'est pas sans intérêt au regard de la décision du Conseil constitutionnel, qui indique que l'argument portant sur l'impossibilité de contester le motif de la rupture est inopérant, dans la mesure où la procédure peut être contestée (43). En l'espèce, on pourrait imaginer un contrôle de la seule procédure de licenciement pouvant, uniquement en l'absence de notification ou de notification insuffisante – dans les limites désormais fixées en matière de lettre de licenciement (44) –, conduire à une sanction de fond du licenciement. Toutefois, ces dispositions des deux conventions internationales sont construites de telle manière qu'implicitement, mais nécessairement, le salarié doit pouvoir contester le motif. Or, qu'il s'agisse du contrat de chantier ou de l'accord de performance collective, les textes pré-qualifient le motif de la rupture de « réel et sérieux ».

Quant au **contrat de chantier**, la nature de contrat à durée indéterminée et la pré-justification du mode de rupture en raison de la fin du chantier posent des questions de conventionnalité. Pour autant, le contrat de chantier ne doit-il pas être exclu de notre réflexion, les garanties de la Charte sociale européenne comme celles de la convention n° 158 OIT

pouvant être écartées pour « les travailleurs engagés aux termes d'un contrat de travail portant sur une période déterminée ou une tâche déterminée » (45) ? Si la loi répute que le contrat de chantier est conclu à durée indéterminée, il est pourtant indéniable que le travailleur est engagé pour une tâche déterminée à terme imprécis. Dès lors, doit-on s'en tenir à la nature légale du contrat ou à son objet (46) ? Si le juge s'en tient à sa nature réelle, il pourrait l'exclure du champ d'application des deux textes conventionnels. S'il s'en tenait à la qualification légale, il pourrait alors s'interroger sur sa conventionnalité. Il convient d'envisager cette seconde hypothèse. Tout en réputant que la fin du chantier constitue une cause réelle et sérieuse, la loi soumet la rupture au chapitre V du titre III du Code du travail, soit celui consacré aux « Contestations et sanctions des irrégularités du licenciement ». On pourrait penser qu'il s'agit uniquement pour le juge de sanctionner, non les irrégularités de fond, mais les seules irrégularités de procédure (47). Pourtant, il serait alors loisible au juge, à la condition, d'une part, qu'il juge que la présomption légale est simple au regard des textes internationaux et que, d'autre part, le salarié présente des éléments suffisants pour renverser la présomption, de contrôler le caractère réel et sérieux du motif. Quelles en seraient alors les éventuelles conséquences ? La réponse à cette interrogation dépend du droit qu'il utiliserait pour effectuer son contrôle : droit du licenciement personnel ou droit du licenciement économique. En vertu du premier, la situation serait ubuesque, la fin du chantier ne pouvant être imputée au salarié et étant nécessairement sans cause réelle et sérieuse. En vertu du second, le juge devrait se demander si la fin de chantier correspond à l'une des causes de l'article L. 1233-3 du Code du travail. Or, à l'évidence, il n'en est rien (48). Un tel raisonnement conduirait alors à faire disparaître cet ovni juridique, dont la Chambre sociale assurait pourtant jusqu'à présent la perpétuation.

(41) V. en ce sens : Étude d'impact sur le projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, 24 mars 2016, p. 157 : « Pour autant, le licenciement du salarié est bien justifié au sens de l'article 4 de la convention 158 de l'Organisation internationale du travail (OIT) par un motif inhérent au fonctionnement de l'entreprise et non à la personne du salarié. En effet, et conformément au rapport de la commission des experts du Bureau international du travail (BIT) [Conférence internationale du travail, protection contre le licenciement injustifié, 82^{ème} session 1995, p. 44], le motif qui fonde le licenciement est bien lié « aux nécessités de fonctionnement de l'entreprise défini comme celui exigé par les besoins économiques, technologiques, structurels ou similaires » mais qui n'est pas inhérent à la personne du salarié, qui n'est donc ni lié à sa conduite ni à son aptitude ». Souligné par nous.

(42) En la matière, si la rédaction des deux textes internationaux diffèrent légèrement, leur philosophie est identique : l'article 8 de la Convention n°158 de l'OIT permet au travailleur « qui estime avoir fait l'objet d'une mesure de licenciement injustifiée [...] de recourir contre cette mesure devant un organisme impartial tel qu'un tribunal », tandis que l'article 24 de la Charte sociale

européenne prévoit que tout « travailleur qui estime avoir fait l'objet d'une mesure de licenciement sans motif valable ait un droit de recours contre cette mesure devant un organe impartial ». En outre, l'article 9 de la Convention n° 158 de l'OIT prévoit que le tribunal doit être 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 ».

(43) Cons. const. n°2017-665 QPC, préc., cons. 10 ; Cons. const. n°2018-761 DC, préc., cons. 28.

(44) C. trav., art. L. 1235-2.

(45) V. l'annexe à l'article 24 de la Charte sociale européenne. V. égal. convention OIT n° 158, art. 2-2.

(46) Sur cette question, v. déjà Cass. Soc. 7 mars 2007, n°04-47.059, Bull. civ. V, n°41.

(47) C. trav., art. L. 1235-2.

(48) *Contra* la jurisprudence constante de la Chambre sociale sur ce point : Cass. Soc. 12 févr. 2002, n°99-41.239, Bull. civ. V, n°64 ; Cass. Soc. 15 nov. 2006, n°04-48.672, Bull. civ. V, n°342.

Quant à l'**accord de performance collective**, le refus du salarié permet à l'employeur de procéder à un licenciement qui « repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse ». Cette qualification légale exclut-elle tout recours juridictionnel et, partant, tout contrôle judiciaire du motif ? En d'autres termes, la nature de la présomption que la loi attache au motif de licenciement est décisive. Est-elle simple, mixte ou irréfragable au sens de l'article 1354 du Code civil ?

Simple, la présomption instaurée par la pré-justification pourrait être renversée par la preuve contraire, c'est-à-dire l'absence de cause réelle et sérieuse. Cela aurait pour effet de faire supporter au seul salarié une preuve qui, dans le droit commun du licenciement, est partagée (49). L'inconventionnalité encourue relèverait de l'article 9, alinéa 2 de la convention n° 158 de l'OIT, qui exclut que « le salarié ait à supporter seul la charge de prouver que le licenciement n'était pas justifié » (50). Le juge devrait alors rétablir le système probatoire de droit commun, neutralisant ainsi partiellement le dispositif légal. Cependant, quels éléments seraient susceptibles de renverser la présomption de cause réelle et sérieuse, sachant qu'il s'agit ici d'un licenciement spécifique suivant la procédure du licenciement pour motif personnel ? Deux hypothèses se font jour à ce titre. Premièrement, le salarié pourrait démontrer que la cause économique du licenciement n'est pas réelle et sérieuse au sens du droit commun du licenciement pour motif économique. Un tel renversement suppose que le juge admette préalablement que le motif dit spécifique est de nature économique, parce qu'il est rattachable aux nécessités de fonctionnement de l'entreprise. Quoique tout à fait logique sur le plan juridique, une telle solution nous semble politiquement peu probable, car elle conduirait le juge à fouler délibérément aux pieds la construction législative en jouant sur un double artifice : artifice probatoire et artifice de la qualification. La deuxième hypothèse consiste à considérer que c'est le refus de la loi collective qui est le réel motif de licenciement. Il n'est pas inenvisageable – mais ce serait une évolution considérable – que, saisie d'une telle problématique, la Chambre sociale fasse évoluer les rapports entre normes collective et individuelle, en jugeant que le refus individuel de la règle collective négociée constitue un motif personnel de licenciement. Il ne s'agirait pas

nécessairement d'une faute, mais d'un trouble dans le fonctionnement de l'entreprise en raison de l'effet du refus, à savoir la création de catégories de salariés soumis à des régimes distincts. N'est-ce pas, d'ailleurs, ce que suggère le Conseil constitutionnel lorsqu'il juge que « le salarié qui s'oppose à la modification de son contrat de travail par un accord de performance collective peut être licencié pour ce motif » (51) ? Ce faisant, le licenciement serait alors justifié par le seul refus du salarié, sauf pour le salarié à démontrer que son refus, isolé, est justifié par une situation personnelle spécifique. Le trouble serait alors écarté, le statut social unitaire n'étant pas réellement affecté. Dans une telle conception, l'hypothèse de refus massifs, mais non unanimes, permettrait de faire jouer pleinement la pré-justification.

Mixte, la présomption peut être renversée, en vertu de l'article 1354 du Code civil, selon certains moyens ou sur certains aspects de son objet. Les juges pourraient estimer que la présomption de cause réelle et sérieuse instituée par l'article L. 2254-2 du Code du travail ne pourrait être renversée qu'en cas de démonstration, par exemple, d'une fraude de l'employeur. Le salarié devrait alors rapporter la preuve que l'accord n'a été conclu que pour faire échec aux dispositions protectrices du licenciement. Cette preuve serait extrêmement difficile à rapporter, l'employeur ayant le loisir d'exhiber un accord conclu par des organisations syndicales majoritaires, accord auquel la loi attache désormais une présomption de validité (52). Toutefois, sauf à méconnaître l'article 9, alinéa 2 de la convention n° 158 de l'OIT, le salarié ne devrait pas supporter seul la charge de cette preuve.

Irréfragable, enfin, la présomption ne pourrait pas être renversée. Le caractère irréfragable est sans doute le plus conforme et logique du point de vue de la finalité du dispositif de l'accord de performance collective, la sécurisation procédant, pour le législateur, de l'absence de contestation judiciaire. Les juges pourraient alors, à l'instar de la Cour de Justice (53), écarter cette présomption irréfragable qui, en excluant tout pouvoir de contrôle du juge, voire tout recours du salarié, conduit à une violation des articles 8 et 9 de la convention OIT et de l'article 24 de la Charte sociale européenne. Cela rétablirait alors mécaniquement l'application du droit commun du licenciement, ici pour motif économique, eu égard à la

(49) C. trav., L. 1235-1, al. 3 : « Le juge [...] forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties [...] ».

(50) V. déjà en ce sens Cass. Soc. 1^{er} juill. 2008, préc.

(51) Cons. const. n° 2018-761 DC, préc., cons. 28. Souligné par nous.

(52) C. trav., L. 2262-13.

(53) CJCE, 15 mai 1986, C-222/84, *Johnston*, Rec. p. 1651, spéc. § 20 : « Une disposition qui [...] confère à la présentation d'un certificat tel que celui litigieux en l'espèce un effet de preuve irréfragable que les conditions d'une dérogation au principe d'égalité de traitement sont remplies permet à l'autorité compétente de priver le particulier de la possibilité de faire valoir, par voie juridictionnelle, les droits reconnus par la directive. Une telle disposition est donc contraire au principe d'un contrôle juridictionnel effectif consacré par l'article 6 de la directive ».

nature du motif ayant inspiré la proposition de modification.

Quelle que soit la force de la présomption, il semble qu'elle ne résiste pas à un examen en conventionnalité. Pour autant, le juge butera sur une difficulté déjà évoquée : celle de la nature du motif de licenciement. Qualifié de « *spécifique* » par la loi, le motif de rupture n'est ni vraiment personnel, ni vraiment économique. À cet égard, il est fort à craindre que le raisonnement du juge se révèle plus que jamais inductif, procédant d'une double interrogation préalable. En premier lieu, le juge devrait s'interroger sur sa volonté ou non de faire obstacle à la pré-justification lorsqu'elle résulte partiellement d'un accord collectif. Cette seule question pourrait, dans le contexte jurisprudentiel actuel, décourager la Chambre sociale, très associée à la promotion des normes collectives négociées. À supposer qu'un tel affront au législateur ne l'effraie pas, il faudrait alors déterminer l'étendue du contrôle que le juge souhaite opérer sur ces ruptures. Or, de manière contre-intuitive, la gradation de la qualification du dispositif légal sera proportionnelle aux effets produits. Si le juge veut rétablir le droit commun du licenciement et se livrer à un contrôle classique du motif, il qualifiera la pré-justification de présomption irréfragable pour faire jouer pleinement l'invocabilité d'exclusion. L'éviction du droit interne serait alors assumée par le juge. Si le juge veut se livrer à un contrôle médian, contrôle de la fraude, par exemple, il

qualifiera la pré-justification de présomption mixte et ne fera jouer l'invocabilité d'exclusion que de manière limitée. Si le juge ne souhaite procéder qu'à un contrôle léger, pour protéger les intentions du législateur, il qualifiera la pré-justification de présomption simple, en considérant, par exemple, que le motif de licenciement est personnel – refus de la loi collective qui trouble le fonctionnement de l'entreprise – et en admettant simplement que le salarié puisse apporter la preuve contraire.

En définitive, l'analyse en constitutionnalité de la pré-justification est assez décevante, le juge constitutionnel étant manifestement déterminé à ne pas discuter la teneur d'un tel procédé. L'analyse de la conventionnalité de la pré-justification des motifs de licenciement révèle, quant à elle, le caractère de plus en plus vaporeux de la distinction entre motif personnel et motif non inhérent à la personne du salarié. Fondamentale sur le plan interne comme européen, elle n'en est pas moins remise en cause, pour des raisons de pure opportunité, par le législateur et, plus récemment, par le juge (54). L'examen de la conventionnalité de ces dispositifs par le juge pourrait aboutir au résultat inverse à celui auquel on pourrait s'attendre, c'est-à-dire non pas neutraliser la pré-justification, mais bien, au contraire, accroître la portée de la norme collective sur la norme individuelle.

Julien Icard

(54) Cass. Soc. 1^{er} juin 2016, préc. V. égal. Cass. Soc. 13 sept. 2017, n° 15-28.569, Cah. Soc. oct. 2017, p. 468, obs. J. Icard.



LE REFUS DU TRAVAIL : THÉORIE ET PRATIQUE DE LA RÉSISTANCE AU TRAVAIL

Par David Frayne

Ils ne sont pas nombreux, ceux qui résistent au travail, refusent de faire carrière ou de perdre leur vie à la gagner. David Frayne a enquêté auprès de personnes qui ont fait ce choix, et étudié les plaisirs mais aussi les obstacles que réserve une vie sans travail, dans nos sociétés où la question « Qu'est ce que tu fais dans la vie » prétend nous définir tout entier. De l'école de Francfort à André Gorz, David Frayne écrit une théorie critique du travail limpide, démontrant la construction progressive de celui-ci comme l'alpha et l'oméga de notre bonne insertion, et le « défi » que constitue la défense d'une autre vision du bonheur. Fait rare, il s'intéresse à ces résistants à l'emploi et s'interroge : n'y a-t-il pas dans ces parcours hors cadre une alternative politique, des armes pour imaginer une liberté plus robuste et plus authentique ?

Éditions du Détour - Mars 2018 - ISBN 979-10-97079-35-2 - 304 pages - 22 euros