

Derrière le pragmatisme des ordonnances la perversion des droits fondamentaux

- 6 sept. 2017, Par **Marie-Laure Morin**, ancien conseiller à la Cour de cassation

En présentant les ordonnances, le gouvernement a affirmé vouloir changer l'esprit du droit du travail ! De fait, il ne s'agit plus de protéger prioritairement les salariés - fonction historique du droit du travail qui a justifié le développement des droits collectifs et des droits minimaux d'ordre public - pour répondre à l'inégalité du contrat de travail consubstantielle à la subordination. Il s'agit d'abord de rationaliser ces mêmes droits collectifs, pour « permettre » une plus grande latitude de décision dans l'entreprise, soit en langage Macronien, « pour libérer les énergies ». La protection (des salariés) n'est que la dernière des préoccupations qui doit se conjuguer avec celle des employeurs contre le risque judiciaire ! Rien d'ailleurs dans les ordonnances Macron, placées pourtant sous le sceau du dialogue social, n'augmente les droits collectifs des salariés, au contraire, rien non plus sur la « codétermination » ou la cogestion à l'image de l'Allemagne.

Ce changement d'esprit du droit du travail ne procède pas seulement du pragmatisme managérial affiché par le gouvernement pour obtenir la nécessaire flexibilité des entreprises et du marché du travail que dictent les politiques économiques néolibérales actuelles. Il procède aussi d'une perversion insidieuse des principes fondamentaux et des droits fondamentaux des travailleurs sur lesquels le droit du travail s'est construit, ce qui aboutit en droit comme en fait à un élargissement du pouvoir patronal. On nous dira qu'il faut répondre aux changements du travail ! Peut-être, mais d'une part le contenu des réformes n'a pas de lien évident avec ces changements (mis à part le télétravail qui pourra faire l'objet d'un accord que rien n'interdisait auparavant!) ; les ordonnances ne traitent ni du développement du numérique, ni des conditions de travail contemporaines source de souffrance au travail, ni de l'ubérisation etc. En réalité on attend du dialogue social une réponse à ces questions. C'est une option possible. Encore faut-il que le dialogue social soit réel et que les principes fondamentaux qui président à son institution ne soient pas biaisés ou violés. Sinon ce dialogue risque de procéder d'une confusion des genres entre négociation collective et décision patronale unilatérale, qui ne peut qu'attiser la méfiance tant vis à vis des syndicats que des directions d'entreprise. Encore faut-il aussi que l'on ne confonde pas, en matière de licenciement, le régime de réparation du risque qui peut être forfaitaire et celui de la faute qui engage la responsabilité de son auteur, sauf à faire peser sur le salarié injustement licencié et sur la collectivité le poids du préjudice de la perte injustifiée de l'emploi, qui peut être considérable. Or les ordonnances procèdent bien de ce genre de perversion !

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

- Le principe de participation, et spécialement le droit à la négociation collective (al.8 du préambule de la Constitution, convention 98 et recommandation 91 de l'Organisation Internationale du travail) ;

- Le principe de la liberté syndicale (al 6 du préambule de la Constitution, convention 87 de l'OIT) ;
- Le principe de la liberté contractuelle (art 4 et 16 du préambule de la Constitution et protocole add n°1 de la CEDH)
- Le droit au procès équitable (art. 6 CEDH)

Au regard de ces principes, trois séries de dispositions des ordonnances posent problème.

- Le référendum à l'initiative de l'employeur, ouvert plus ou moins dans toutes les entreprises (entreprises de 10 salariés et moins : art. 8 § 1 du projet d'ordonnance, nouvel art. L2232-21 et s. CT ; entreprise de 11 à 20 salariés : art 8 § 2, nouvel art. 2232-23-1 CT; dans les autres entreprises, lorsqu'un projet est refusé par les syndicats majoritaires dans l'entreprise : Art. 10 I modifiant l'article L2232-12, I CT).
- Les accords dit de « compétitivité » prévus par l'article 3 de l'ordonnance sur la négociation collective, modifiant et étendant le régime des accords prévus à l'article 2254-2 du Code du travail, en raison de leurs effets sur le contrat individuel de travail.
- Le plafonnement des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, c'est à dire fautif, qui traite le recours au juge comme un risque calculable et assurable.

1- le référendum d'entreprise

Il est ouvert de droit dans les entreprises de moins de 10 salariés et dans celles entre 11 et 20 salariés en l'absence de délégués syndicaux et d'élus de personnel (qui ne sont plus obligatoires dans ce type d'entreprise). Dans ces deux situations, la décision unilatérale de l'employeur soumise à référendum et approuvée à la majorité des 2/3 vaut accord collectif. Dans les entreprises de plus de 10 salariés et de moins de 50 salariés, à défaut de délégué syndical, s'il existe une représentation du personnel élue, priorité est donnée à un élu mandaté par une organisation syndicale (ou à la négociation directe avec l'organisation syndicale), à défaut la négociation peut avoir lieu avec un ou plusieurs élus mêmes non mandatés (Vive la simplicité).

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

Selon l'art 8 du préambule « tout salarié participe par l'intermédiaire de ses délégués à la détermination collective de ces conditions de travail. Pour négocier collectivement il faut donc des délégués (élus ou syndiqués). La même conception préside à la définition de la convention collective au sens de l'OIT. Le Comité de la liberté syndicale a rappelé que « La recommandation (n° 91) sur les conventions collectives dispose que: "Aux fins de la présente recommandation, on entend par "convention collective" tout accord écrit relatif aux conditions de travail et d'emploi conclu entre, d'une part, un employeur, un groupe

d'employeurs ou une ou plusieurs organisations d'employeurs, et, d'autre part, une ou plusieurs organisations représentatives de travailleurs, ou, en l'absence de telles organisations, les représentants des travailleurs intéressés, dûment élus et mandatés par ces derniers, en conformité de la législation nationale. ». A ce propos, le comité a souligné que ladite recommandation « met l'accent sur le rôle des organisations de travailleurs en tant qu'une des parties à la négociation collective. La négociation directe conduite entre l'entreprise et son personnel, en feignant d'ignorer les organisations représentatives existantes, peut, dans certains cas, être contraire au principe selon lequel il faut encourager et promouvoir la négociation collective entre les employeurs et les organisations de travailleurs ». (290 rapport, cas n° 1612).

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

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

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

- La première est que même dans un référendum un salarié ne vote qu'en fonction de son intérêt personnel, il n'y a rien qui l'oblige à tenir compte de la collectivité de travail. Le délégué élu ou syndical, en raison de sa désignation est un représentant, non pas des salariés individuellement mais de la collectivité des travailleurs. Et c'est cette représentation de la collectivité qui assure l'égalité dans la négociation collective, qui n'existe pas dans le contrat individuel de travail. Bref une collectivité de travail, même petite, ce n'est pas qu'une somme de contrats individuels...(même si la théorie économique standard reste incapable de penser le collectif ou l'organisation).
- La seconde raison fondamentale est que l'appartenance ou le mandat syndical garantit l'indépendance du négociateur ou du groupe de négociateurs par rapport à l'employeur, tout comme l'élection qui oblige à rendre des comptes aux salariés. Cette indépendance est un élément constitutif de la négociation loyale, selon l'ordonnance elle-même.

Enfin la technique même du référendum exclu un réel processus de négociation, puisque le projet d'accord est présenté par l'employeur, sans qu'on sache comment il est préparé, et que la seule réponse à un référendum par oui ou par non, exclu en elle-même toute négociation des termes du projet.

L'acte issu d'un référendum d'entreprise relève donc juridiquement plus d'une décision patronale acceptée individuellement, fur-ce par les deux tiers des salariés, qu'à un accord collectif dont le contenu a été négocié. Et on ne peut pas confondre l'effet juridique d'un accord collectif et d'une décision unilatérale de l'employeur sans risques graves de perte de confiance dans l'entreprise. L'employeur, lorsqu'il prend une décision unilatérale reste lié par

les termes des contrats individuels ; s'il veut les modifier il doit en faire la proposition, (acceptée ou non). L'accord collectif, lui, par ce qu'il s'agit d'un acte collectif « s'applique » au contrat de travail, sauf clause plus favorable (on y reviendra). Or le référendum Macron permet aujourd'hui à l'employeur de faire tout ce qui nécessite normalement un accord collectif, y compris de proposer un accord de compétitivité nouvelle formule qui permet une réduction de salaire, sans que le salarié n'ait d'autre choix que de quitter l'entreprise. Ce n'est ni fondé juridiquement, ni même raisonnable, fut-ce dans une petite entreprise. Rien n'interdit, si véritablement le mandatement ne marche pas comme l'avance le gouvernement, de demander un appui pour la négociation ou une validation de l'accord à une commission paritaire professionnelle ou interprofessionnelle, bref l'intervention d'une instance indépendante et en capacité de représenter l'intérêt collectif, pour assurer qu'il y a vraiment une négociation collective. Outre le mandatement, il existe de multiples solutions pour que les salariés des petites entreprises puissent être représentés par des délégués. A cet égard le recours au référendum d'entreprise est surtout l'expression d'une méfiance vis à vis de toute forme de représentation dans ces entreprises. En outre, dans l'ordonnement juridique des relations de travail, le pouvoir patronal d'un côté, la négociation collective de l'autre sont deux pôles majeurs qui doivent rester distincts ^[1], précisément afin que l'indépendance des acteurs de la négociation collective permettent de trouver les zones de compromis utiles. Le risque d'une telle confusion est l'affaiblissement de la négociation collective alors même que l'on prétend la privilégier par rapport à la loi.

2- Le principe de la liberté syndicale, confiance ou méfiance ?

En vertu de ce principe, tant au regard tant de la Constitution que de la convention 87 de l'OIT l'employeur ne doit rien faire qui porte atteinte à cette liberté. Il ne peut en particulier négocier avec des élus, que si cela « n'a ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à (l'action) des organisations syndicales représentatives » Cette formule est celle du conseil Constitutionnel (96-383 DC 6 novembre 1996). Le comité de la liberté syndicale retient une solution analogue. On peut aussi discuter de la validité du référendum dans les petites entreprises de ce point de vue, en l'absence de toute recherche préalable de négociation avec un représentant mandaté ou élu.

On peut en discuter encore plus dans les grandes. Le gouvernement veut promouvoir rapidement la généralisation de l'accord majoritaire -c'est à dire signé par des syndicats représentatifs représentant la majorité des suffrages exprimés lors des élections professionnelles, en faveur des seules organisations représentatives^[2]. On sait que depuis la loi El Khomri et pour éviter des blocages, les syndicats minoritaires représentant 30 % des suffrages exprimés peuvent organiser un référendum. Pour le comité de la liberté syndicale de l'OIT dès lors que l'initiative revient aux syndicats, cela paraît possible. Il a par exemple considéré que « Lorsque l'offre directement formulée par l'entreprise à ses travailleurs ne faisait que reprendre les propositions déjà faites au syndicat et que celui-ci avait rejetées et si l'on en venait par la suite à reprendre les négociations entre l'entreprise et le syndicat, (...) les plaignants n'ont pas fait dans une telle situation la preuve qu'il y a eu violation des droits syndicaux. (Voir Recueil 1985, paragr. 610.) » Autrement dit dès lors qu'il y a une nouvelle initiative syndicale, le principe est respecté.

Or dans l'hypothèse du référendum d'initiative patronale dans les grandes entreprises prévu par le projet d'ordonnance, il n'y a aucune reprise de négociation avec un syndicat, ni même initiative syndicale ; tout juste une abstention d'un syndicat par définition minoritaire qui refuse de s'opposer au référendum patronal (dit autrement, si les syndicats majoritaires refusent de signer, il suffit de l'accord implicite d'un syndicat minoritaire pour que l'employeur puisse organiser le référendum.... divisons pour régner !). Il nous semble qu'une telle solution qui a pour effet sinon pour objet d'affaiblir les syndicats majoritaires dans l'entreprise est contraire au principe de la liberté syndicale, car il met directement en cause l'action syndicale « majoritaire », sans aucune autre initiative syndicale que l'abstention !

3- La liberté contractuelle : la confusion entre l'accord collectif et le contrat individuel

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

La réponse du droit français tient en trois propositions qui datent de la loi fondatrice de 1936 : les syndicats sont représentatifs de l'intérêt collectif de la collectivité des salariés, ils ne représentent pas chaque salarié individuellement comme le ferait un mandataire. En conséquence l'accord collectif ne s'incorpore pas au contrat de travail qu'il ne peut pas modifier, il s'impose à lui comme le ferait une loi d'ordre public, il paralyse mais n'annule pas les clauses contraires, « sauf clause plus favorable »^[3]. En d'autres termes l'accord collectif ne vaut pas contrat de travail (comme en droit américain par exemple), ni ne s'incorpore à lui, il agit comme une règle extérieure au contrat.

Cette solution traditionnelle permet aux salariés de bénéficier de droits conventionnels minimaux, en évitant ainsi le dumping social, elle préserve la possibilité de négocier des clauses particulières ou plus favorables. Les employeurs dans les années 1980-1990 au nom de l'individualisation des relations de travail ne s'en sont pas privés.

Ajoutons que cette construction que les relations entre l'accord collectif et le contrat de travail ne relèvent pas de la problématique de la hiérarchie des normes conventionnelles ou légales. car le contrat de travail ne fixe pas des règles mais des obligations individuelles (soumises aux règles conventionnelles) L'accord collectif a une fonction réglementaire (reconnue par le Conseil Constitutionnel), que le contrat individuel ne peut évidemment pas avoir. La problématique des relations entre l'accord collectif et le contrat de travail est donc spécifique. Compte tenu de la fonction réglementaire de l'accord collectif, elle se rapproche en réalité des rapports entre la loi et le contrat. Ce rapport qui interdit toute incorporation de l'accord collectif dans le contrat, ou toute modification du contrat individuel par la seule application de l'accord collectif, préserve la liberté individuelle, elle est au fondement du droit français de la négociation collective. C'est pourquoi on pourrait tout à fait considérer que le principe de l'application de l'accord collectif, « sauf clause plus favorable » qui a toujours structuré notre droit de la négociation collective est un Principe Fondamental de la République au sens constitutionnel du terme.

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

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

Or que nous dit le projet d'Ordonnance à propos des accords de compétitivité : les clauses de l'accord « se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail ...y compris en matière de rémunération de durée du travail » etc.

Autrement dit le salarié ne peut plus se prévaloir de son contrat de travail plus favorable, le contrat est modifié de plein droit et le salarié peut juste refuser la modification, sauf à faire l'objet d'un licenciement nécessairement justifié...

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

Certes en matière d'organisation du travail (modulation) et alors que l'on pouvait se demander si ce mode d'organisation modifiait ou non le contrat individuel, le législateur avait décidé il y a quelques années, que l'introduction de la modulation ne constituait pas une modification du contrat ; le Conseil Constitutionnel (DC.15 mars 2012) avait alors exclu toute atteinte au principe de la liberté contractuelle dans la mesure où la nouvelle forme d'organisation résultait d'un accord collectif (relevant du principe de participation), mais sans se prononcer sur la question de savoir si la modulation apportait ou non une modification au

contrat (cette question peut se discuter juridiquement, car l'organisation du travail a nécessairement une dimension collective). L'économie des accords de compétitivité dans les projets d'ordonnance va beaucoup plus loin puisqu'ils peuvent porter sur la rémunération ou la mobilité, c'est à dire indiscutablement des éléments essentiels du contrat. Il ne s'agit pas seulement d'accord pour préserver ou développer l'emploi, mais aussi pour assurer le bon fonctionnement de l'entreprise, ce qui veut tout et rien dire. Quels sont les accords qui n'entreront pas dans ce régime ? Peut-on considérer qu'une exception aussi vaste répond à un « intérêt général suffisant », pour reprendre l'expression du Conseil Constitutionnel. L'appréciation du bon fonctionnement des entreprises relève-t-elle de l'intérêt général ou des intérêts privés des entreprises. Quant à l'emploi, rien n'oblige à introduire dans l'accord en question des garanties d'emploi, lesquelles devraient résulter de la simple augmentation de la « compétitivité »...ce qui relève de la gouvernance par les nombres et non par le droit. Rappelons aussi que ces accords pourront être adoptés par simple référendum dans les petites entreprises.

A cet égard, La violation de la liberté contractuelle qui résulte de l'application d'un accord de compétitivité, qui comme tout accord de compétitivité a une fonction réglementaire et dix les règles d'entreprise, est tout point semblable à celle qu'une loi peut provoquer en modifiant les clauses antérieures d'accord collectif, que le Conseil a déjà censuré.

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

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

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

Curieusement ce délai n'est pas prolongé au profit de celui qui ignore à bon droit que l'accord lui sera opposé et que son contrat, par exemple, s'en trouvera modifié. La logique voudrait

alors qu'on puisse contester l'accord par voie d'exception. Le projet n'en dit rien. Et quid encore du régime de l'extension des accords ? Deviendrait-il alors impossible d'en contester la légalité au fond ? Finalement l'accord serait-il plus incontestable que le règlement, ou même la loi dont la constitutionnalité peut être critiquée sans délai ? Bref le régime des actions en justice contre les accords collectifs procède aussi d'un curieux mélémélo.

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

4- La confusion entre le risque et la faute

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

Ce raisonnement appelle au moins 3 observations.

Premièrement, Le fait que le licenciement doit être fondé sur une cause réelle et sérieuse, c'est à dire sur un motif valable selon la Convention 158 de l'OIT, est un droit fondamental. L'emploi qui assure aux salariés leurs moyens d'existence est un bien aussi précieux pour le salarié que l'entreprise pour l'employeur. Le droit du licenciement conjugue d'ailleurs ces deux exigences constitutionnelles que sont la liberté d'entreprendre et le droit à l'emploi.

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

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

Deuxièmement, on peut s'assurer contre un risque ; il peut y avoir des indemnités forfaitaires et donc limitées comme celle des accidents du travail fondée sur une solidarité de financement, qui ont été pour ce motif jugées Constitutionnelle (2015-479 QPC, 31 juillet

2015); ce mécanisme laisse d'ailleurs ouvert une indemnisation intégrale du préjudice si l'accident est dû à une faute inexcusable de l'employeur .

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

Si incertitude et non « risque » il y'a, c'est donc celle qui pèse sur la décision finale du juge. Or l'aléa du procès est un aléa inhérent au recours au juge, sinon il n'y aurait pas besoin de juge, c'est d'ailleurs le rêve des économistes que de se passer de juge, car sa logique échappe au calcul, mais non à l'argumentation juridique raisonnée ! En tout cas, la confusion entretenue entre le risque du licenciement et la faute qui peut présider à la décision de l'employeur, qui justifie l'institution d'un barème est lourde de conséquences sociales, car malgré la faute de l'employeur c'est le salarié qui supportera en définitive le prix de la perte de son emploi, ainsi que la collectivité.

Troisièmement, le caractère ridicule des indemnités prévues a bien pour objet de dissuader d'aller au Prud'hommes et de faciliter des transactions en fixant « le prix de la violation de la loi » selon la formule de P. Lokiec. Le barème des indemnités prud'homales fait en tout cas peu de cas du droit au procès équitable, qu'énonce la convention européenne des droits de l'homme comme la Constitution. C'est pourtant un élément essentiel de l'état de droit. La limitation drastique du pouvoir du juge pour apprécier les dommages intérêts en cas de licenciement fautif ne porte-t-elle pas atteinte à ce droit ? Le barème s'il tient compte de l'ancienneté, ne tient nullement compte de la situation personnelle des parties. Quid par exemple d'une femme seule élevant des enfants, licenciée après 3 ans d'ancienneté pour une simple absence non autorisée, ce qui n'est évidemment pas inimaginable quelle que soit la bonne foi de la plus part des employeurs ? Et si l'argument est qu'il faut tenir compte dans l'indemnisation de la fragilité des petites entreprises, ce que les juges prud'homaux font -ne serait-ce que parce que c'est une juridiction paritaire-, pourquoi ne pas avoir seulement baissé les minima d'indemnisation. En tout cas la faiblesse insigne des indemnités prévues par les ordonnances pour ceux qui auront injustement perdu leur emploi, nous paraît être une atteinte caractérisée au droit au procès équitable.

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

^[1] (la négociation collective n'a-t-elle pas pour objet de fixer, avec l'employeur qui l'accepte, dans l'intérêt des salariés comme de l'entreprise, des limites au pouvoir patronal comme le soulignait justement il y a 40 ans G. Lyon Caen....

[\[2\]](#) cette limitation de l'assiette de calcul de la majorité en limite déjà la portée ; mais passons

[\[3\]](#) cette possibilité d'accord individuel plus favorable figurait déjà dans la première loi de 1920 sur les accords collectif !