

Recours devant le Conseil constitutionnel :

Projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.

Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les membres du Conseil Constitutionnel, nous avons l'honneur de vous déférer, en application du second alinéa de l'article 61 de la Constitution, l'ensemble du projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, dans sa version définitive votée par le Sénat le 2 août 2017.

Si l'article 38 de la Constitution permet au Gouvernement de demander au Parlement de prendre par ordonnance des mesures qui sont normalement du domaine de la loi, une telle dérogation à la répartition des compétences entre les pouvoirs publics n'est admise qu'à la condition de garantir que l'autorité délégante n'abandonne pas purement et simplement à l'autorité délégataire les compétences qui sont les siennes.

Or, ni le texte même de ce projet de loi d'habilitation, qui manque à l'exigence de précision, ni la procédure qui a conduit à son adoption n'ont permis aux membres du Parlement de cerner l'étendue de la délégation à laquelle ils ont consenti. La marge d'appréciation exorbitante ainsi laissée au Gouvernement aboutit à une imprévisibilité d'autant moins compatible avec votre jurisprudence qu'elle est susceptible de conduire à des atteintes à des droits et libertés ayant valeur constitutionnelle.

Nous estimons que le projet de loi déferé contrevient à plusieurs principes et libertés constitutionnels, en particulier :

I) Sur la forme, la procédure d'adoption de ce projet de loi a été marquée par des délais et conditions matérielles ayant empêché le Parlement d'exercer son rôle constitutionnel, et méconnaît notamment l'exigence de clarté et de sincérité du débat parlementaire.

II) Sur le fond, ce projet de loi méconnaît l'exigence de précision des finalités de l'habilitation qui découle de l'article 38 de la Constitution.

Nous demandons, par voie de conséquence, à titre principal, au Conseil constitutionnel de déclarer inconstitutionnelle l'intégralité du présent projet de loi, et à titre subsidiaire, de déclarer inconstitutionnels ses articles et dispositions qui ont méconnu la Constitution.

MOTIFS

I) Sur la forme, la procédure d'adoption de ce projet de loi a notamment méconnu le rôle constitutionnel du Parlement, ainsi que l'exigence de clarté et de sincérité des débats parlementaires.

Les conditions de discussion de ce projet de loi au sein des assemblées ont manifestement méconnu le principe de clarté et de sincérité des débats parlementaires (votre décision n°2005-512 DC du 21 avril 2005).

Eu égard à la procédure dans son ensemble, les délais imposés par le Gouvernement ajoutés aux conditions matérielles du travail parlementaire dans le contexte de l'installation de l'Assemblée nationale ont conduit à ce que soit méconnu ce principe de clarté et de sincérité des débats parlementaires qui « *protège la minorité contre les abus éventuels de la majorité mais permet également aux assemblées de mettre en œuvre des procédures destinées à garantir le bon déroulement de leur travail* » (Damien Chamussy, *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°38, Janvier 2013.).

En contraignant l'adoption de ce projet de loi dans des délais et des conditions de travail matérielles particulièrement restreints et dégradés, empêchant le Parlement d'exercer pleinement son rôle de législateur, la procédure d'adoption de ce projet de loi a notamment méconnu le principe constitutionnel de clarté et de sincérité des débats parlementaires.

a) **Article 38 de la Constitution** : « *Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. Les ordonnances sont prises en Conseil des ministres après avis du Conseil d'État. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. Elles ne peuvent être ratifiées que de manière expresse. A l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif.* »

On notera à titre préliminaire que si l'article 38 pose le principe que le Gouvernement peut demander pour l'exécution de son programme l'autorisation de prendre des ordonnances, l'adoption du projet de loi date du mercredi 28 juin, la prise de parole du président de la République devant le Congrès date du lundi 3 juillet et le discours de politique générale précisant le programme du Gouvernement a été approuvé par l'Assemblée nationale le 4 juillet par un vote de confiance ; soit postérieurement.

Ainsi, il apparaît évident que quand bien même ce thème et cette méthode avaient été évoqués lors et après la campagne présidentielle, l'Assemblée n'a reçu ce projet que le lendemain, le 29 juin, et l'avait mis en ligne, selon le site de l'Assemblée nationale, à « 14h40 » ce jour-même. Ainsi en méconnaissance de la première phrase de l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement a saisi le Parlement avant même la présentation de son programme devant celui-ci (3 jours plus tard).

b) Les délais d'adoption ont été extrêmement restreints. *Le Conseil d'État n'a eu que 6 jours ouvrés pour l'examiner.* Il a été officiellement saisi le mardi 13 juin, la section sociale du Conseil d'État l'a examiné le mardi 20 juin, l'Assemblée générale du Conseil d'État le jeudi 22 juin.

D'ailleurs, dans son avis n°393357, l'Assemblée générale du Conseil d'État a tenu à marquer son étonnement quant à l'empressement gouvernemental, constatant que : « ***le projet de loi contient un très grand nombre d'habilitations permettant au Gouvernement de prendre des ordonnances sur des sujets d'une portée et d'une complexité inégales*** » et a attiré l'attention du Gouvernement « ***sur les conséquences d'un tel choix, en termes de hiérarchie des priorités, de calendrier et de temps nécessaire à la préparation de ces différentes réformes*** » (Considérant 4).

Le projet de loi a été adopté en Conseil des ministres le mercredi 28 juin et n'a pas été diffusé publiquement avant d'être transmis à l'Assemblée nationale (seul le quotidien *Le Parisien* en avait dévoilé début juin un avant-projet distinct du projet de loi adopté le 28 juin <http://www.leparisien.fr/economie/reforme-du-travail-les-8-points-cles-du-plan-macron-05-06-2017-7018110.php>).

Le Parlement n'a été saisi que le jeudi 29 juin, date à laquelle le décret du Président de la République convoquant le Congrès pour le 3 juillet suivant a été publié au Journal officiel de la République française.

Or, la convocation du Congrès par le Président de la République pour le lundi 3 juillet ne laissait pour examiner et amender le projet de loi (l'échéance pour le dépôt des amendements étant fixée au 3 juillet 2017 à 17h), **qu'une fin d'après midi le 29 juin, un jour ouvré le vendredi 30 juin, ainsi qu'une matinée le 3 juillet** – elle-même consacrée aux départs en cars pour Versailles -.

Si 233 amendements ont été déposés le 3 juillet avant 17h, ***en séance publique, c'est plus de 354 amendements qui ont été déposés (soit une augmentation de + 50% des amendements).*** *Ce n'est donc pas l'absence d'intention des représentants du pouvoir législatif d'amender ce texte qui a été à l'origine du faible nombre d'amendements déposés pour examen en Commission, mais l'absence de temps accordé aux parlementaires pour leurs préparation et rédaction.*

On notera que le texte a été adopté en Commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale au pas de course (avec audition le mardi 4 juillet à 21 h de la ministre du travail), son examen et son vote définitif ayant eu lieu le 5 juillet, avant que le texte ne soit examiné en séance publique le lundi 10 pour être voté le jeudi 13 juillet.

On notera par ailleurs les propos pour le moins étonnants de la représentante du Gouvernement, Mme Muriel Pénicaud, ministre du travail, lors de son audition le 4 juillet par la Commission des affaires sociales : « ***J'ai conscience que, même si le délai réglementaire de 72 heures ouvrées pour le dépôt des amendements a été respecté, l'examen du texte a lieu dans un temps court (...)*** ».

En outre, si le projet de loi a été déposé le 17 juillet 2017 au Sénat puis adopté le 27 juillet en première lecture, ce texte a fait l'objet d'un accord de la commission mixte paritaire le 31 juillet, mis en ligne ce même jour à 19 heures (tel qu'indiqué sur le site internet

de l'Assemblée nationale¹) pour être examiné et approuvé le lendemain 1^{er} août 2017 par l'Assemblée nationale lors de la séance publique ouverte à 14h30.

Un tel projet de loi d'habilitation a donc été examiné par l'Assemblée nationale et adopté par elle en seulement 11 jours ouvrés entre le dépôt du texte, son adoption en première lecture, et entre la réunion de la commission mixte paritaire et l'adoption du texte approuvé par cette même CMP en séance publique, avec une clarté et une sincérité des débats par ailleurs singulièrement entravées.

c) **L'absence de moyens matériels et humains pour les députés.** Des témoignages de députés, et de trois Groupes parlementaires de l'Assemblée nationale (**dont un nombre substantiel vous sont produits en ANNEXE**), indiquent de même qu'entre le 19 juin, premier jour de l'accueil au Palais Bourbon pour les **577 députés, dont 217 primo-députés (soit 38% du total !)**, de nombreux députés n'avaient pas encore accès à la date du 29 juin et de la semaine qui a suivi, à des moyens matériels (ordinateurs, bureaux) qui ne leur étaient pas encore affectés, de même qu'humains (temps de recrutement des assistants parlementaires), phénomène aussi observé pour les groupes parlementaires devant appuyer les députés dans l'étude des textes et la proposition d'amendements et qui n'ont pu le faire eu égard à ces conditions.

Si chacun de ces éléments ne serait a priori pas de nature à justifier à lui seul une méconnaissance de la Constitution, c'est leur cumul et leur conjonction qui permettent de révéler que la procédure d'adoption de ce texte à l'Assemblée nationale a manifestement méconnu le principe de valeur constitutionnelle de clarté et de sincérité du débat parlementaire.

¹ http://www.assemblee-nationale.fr/15/dossiers/habilitation_ordonnances_dialogue_social.asp

II) Sur le fond, l'exigence constitutionnelle de clarté prévue par l'article 38 a été méconnue, notamment au regard de principes à valeur constitutionnelle tels les droits et libertés consacrés par le préambule de la Constitution de 1946.

Par une jurisprudence constante, le Conseil constitutionnel assure un contrôle exigeant des projets de lois d'habilitation adoptés dans le cadre de l'article 38 de la Constitution. Vous considérez ainsi que cet article doit être entendu comme faisant obligation au Gouvernement d'indiquer avec précision au Parlement la finalité des mesures qu'il se propose de prendre par voie d'ordonnances et leur domaine d'intervention (n° 76-72 DC du 12 janvier 1977, Rec. p. 31, cons. 3 ; n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, Rec. p. 61, cons. 13 ; n° 86-208 DC des 1^{er} et 2 juillet 1986, Rec. p. 78, cons. 18 et 27).

Si le Gouvernement n'est pas tenu de faire connaître la teneur des ordonnances qu'il prendra (votre décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, Rec. p. 136, cons. 12), il importe que les habilitations soient rédigées en des termes qui garantissent au délégant la capacité de cerner l'étendue de la délégation à laquelle il consent.

De surcroît, votre vigilance s'accroît d'autant que l'habilitation est susceptible de porter atteinte à un principe constitutionnel (Conseil constitutionnel, 26 janvier 2017, n° 2016-745 DC, cons 13 : « *En habilitant le Gouvernement à remplacer les régimes déclaratifs par un régime d'autorisation d'ouverture d'un établissement privé d'enseignement scolaire, le législateur a précisément défini le domaine d'intervention des mesures qu'il autorise le Gouvernement à prendre par ordonnance. En revanche, eu égard à l'atteinte susceptible d'être portée à la liberté de l'enseignement par la mise en place d'un régime d'autorisation administrative, en confiant au Gouvernement, sans autre indication, le soin de préciser « les motifs pour lesquels les autorités compétentes peuvent refuser d'autoriser l'ouverture » de tels établissements, le législateur a insuffisamment précisé les finalités des mesures susceptibles d'être prises par voie d'ordonnance.* »).

Dans ce cas spécifique, vous avez donc affirmé la nécessité, en cas d'atteinte susceptible d'être portée à un droit ou une liberté fondamentale, au projet de loi d'habilitation d'apporter toutes les précisions supplémentaires nécessaires.

Or, il apparaît que les termes des habilitations consenties manquent de clarté et de précision tant au regard de leur finalité qu'à celui de leur domaine d'intervention. Cette absence de précision est d'autant plus manifeste aux articles 1, 2, 3, 5 et 6 du projet de loi d'habilitation qu'elle est susceptible de conduire à la mise en cause de droits ayant valeur constitutionnelle tels que le principe de séparation des pouvoirs, d'égalité devant la loi, ainsi que, tout particulièrement les droits garantis par les alinéas 5, 6, 8 et 11, du Préambule de la Constitution de 1946, à savoir le droit au travail, le droit à l'action syndicale et le droit à la santé, en vertu desquels « chacun a le devoir de travailler et d'occuper un emploi », « tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix », « tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises. », et « [la Nation] garantit à tous (...) la protection de la santé (...) ».

L'ensemble de ces critiques quant à l'absence de précision du projet de loi d'habilitation a été assumé dès le départ par le Gouvernement, représenté par Mme Muriel Penicaud, ministre du travail, lors de son audition et sa présentation du projet de loi en Commission des affaires sociales le mardi 4 juillet 2017 à 21 heures : « *La méthode choisie consiste à mêler, le plus possible, démocratie sociale et démocratie politique. Nous sommes*

*engagés dans une concertation intense avec les huit organisations représentatives des syndicats et des employeurs. Elle a commencé le 9 juin, et 48 réunions bilatérales se tiendront jusqu'au 21 juillet. Au terme de ces discussions avec eux et avec vous, le Gouvernement rédigera les projets d'ordonnances à la fin du mois d'août ; elles seront, comme elles doivent l'être, soumises aux six organisations consultatives avant d'être publiées d'ici la fin du mois de septembre. **Je vois pour avantage à ce que la consultation ne soit pas terminée que les partenaires sociaux, le Gouvernement et votre commission réfléchissant de concert, le mandat contenu dans la loi d'habilitation sera précisé de semaine en semaine jusqu'à la publication des ordonnances.** [sic] »*

Aveu encore plus marquant qu'il a été prononcé en Commission des affaires sociales par la ministre Pénicaud le 4 juillet **mais étonnamment non retranscrit sur le compte rendu de l'Assemblée nationale** : « Une loi d'habilitation a ceci de particulier que nous définissons un champ sur lequel vous (les députés) mandatez le gouvernement pour procéder par ordonnances. En clair, on peut ne pas faire une ordonnance sur un élément qui aura été voté dans la loi d'habilitation (...) **Si j'ose dire, excusez-moi la trivialité du propos, c'est un menu, cela ne veut pas dire qu'on va commander tous les plats.** » (Propos visibles sur la vidéo afférente à 1h35²).

En effet, eu égard à l'atteinte susceptible d'être portée à ces droits, en confiant au Gouvernement, dans des formulations imprécises ci-dessous analysées, le législateur a insuffisamment précisé les finalités des mesures susceptibles d'être prises par voie d'ordonnance.

Exemples manifestes de méconnaissance de l'exigence constitutionnelle de clarté prévue par l'article 38 de la Constitution :

1) Article 1 1° c) : « Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, dans un délai de six mois à compter de la promulgation de la présente loi, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnances toute mesure relevant du domaine de la loi afin : (...) 1° De reconnaître et d'attribuer une place centrale à la négociation collective, notamment la négociation d'entreprise, dans le champ des dispositions, applicables aux employeurs et aux salariés mentionnés à l'article L. 2211-1 du code du travail, relatives aux relations individuelles et collectives de travail, à l'emploi et à la formation professionnelle, en : c) **Harmonisant et simplifiant les conditions de recours et le contenu des accords mentionnés aux articles L. 1222-8, L. 2242-19, L. 2254-2, L. 3121-43 et L. 5125-1 du code du travail et le régime juridique de la rupture du contrat de travail en cas de refus par le salarié des modifications de son contrat résultant d'un accord collectif, en prévoyant notamment que le licenciement du salarié repose sur un motif spécifique auquel ne s'appliquent pas les dispositions de la section 4 du chapitre III du titre III du livre II de la première partie du même code, ainsi que les droits à la formation renforcés dont il bénéficie (...)** »

En confiant par ces dispositions au Gouvernement, le soin « d'harmoniser et de simplifier » le recours et le contenu des accords d'entreprises et de définir un motif spécifique de licenciement des salariés en cas de refus de leur part des modifications de leurs contrats, sans que soient précisées les garanties de nature à préserver les principes constitutionnels

² http://videos.assemblee-nationale.fr/video.4739917_595be34aa0469.commission-des-affaires-sociales--projet-de-loi-d-habilitation--mme-muriel-penicaud-ministre-du-t-4-juillet-2017

d'égalité devant la loi et de droit à l'emploi, le législateur n'a pas exercé les compétences qu'il tient de la Constitution.

En effet d'une part, les mesures potentiellement issues des accords visées à cet alinéa sont en elles-mêmes variées et contradictoires, rendant de ce fait imprévisible toute entreprise d'harmonisation et de simplification. De fait, les articles susmentionnés L. 1222-8, L. 2242-19, L. 2254-2, L. 3121-43 et L. 5125-1 du code du travail renvoient chacun à des accords d'entreprise de natures et objets substantiellement distincts, à savoir :

- **accords de réduction du temps de travail** (article L. 1222-8 du code du travail) avec un régime sui generis de rupture du contrat en cas de refus par le salarié de la modification de son contrat de travail ; le licenciement du salarié dans ce cas ne repose pas sur un motif économique (sans constituer un licenciement pour motif personnel, il est soumis aux dispositions qui encadrent ce type de licenciement dans le code du travail) ;

- **accords d'aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine ou à l'année – dans la limite de trois ans** - (article L. 3121-43 du code du travail) dans la limite de trois ans ; la mise en place d'un tel aménagement du temps de travail par voie d'accord ne constitue pas une modification du contrat de travail pour les salariés à temps complet (autrement dit, le salarié ne peut refuser les modifications résultant de l'application de cet accord) ;

- **accords de mobilité interne géographique ou professionnelle des salariés** (article L. 2242-19 du code du travail) ; en cas de refus par le salarié de l'application de l'accord collectif à son contrat de travail, son licenciement repose sur un motif économique et s'analyse comme un licenciement individuel pour motif économique, tout en ouvrant droit aux mesures d'accompagnement et de reclassement que doit par ailleurs prévoir l'accord ;

- **accords de maintien de l'emploi** (article L. 5125-2 du code du travail) qui sont des accords temporaires, dont la durée maximale est fixée à cinq ans ; le refus du salarié de se voir appliquer les stipulations d'un tel accord se traduit par un licenciement qui s'analyse comme un licenciement pour motif économique et est prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique ; alors que la loi prévoyait initialement que ce licenciement ouvrait droit aux mesures d'accompagnement que devait prévoir l'accord, la loi du 6 août 2015 a substitué à ces dispositions le principe selon lequel le licenciement est réputé reposer sur une cause réelle et sérieuse, que l'employeur n'est pas tenu aux obligations d'adaptation et de reclassement prévues dans le cadre d'un licenciement économique, et que le salarié bénéficie alors, soit d'un congé de reclassement, soit d'un contrat de sécurisation professionnelle ;

- **accords en faveur de la préservation et du développement de l'emploi** (article L. 2254-2 du code du travail), qui sont des accords temporaires dont la durée maximale est fixée à cinq ans ; en cas de refus par le salarié de se voir appliquer les stipulations de l'accord, son licenciement repose sur un motif « spécifique » qui constitue une cause réelle et sérieuse ; il est soumis aux règles applicables en matière de licenciement économique s'agissant de l'entretien préalable et de la notification du licenciement, ainsi qu'aux règles de droit commun applicables en matière de préavis et d'indemnité de licenciement ; il est également précisé que la lettre de licenciement comporte l'énoncé du motif spécifique sur lequel repose le licenciement.

Au vu de ces différences de nature et d'objet, les seules finalités d'« harmonisation et simplification » ne sont pas suffisantes pour cerner le champ des compétences ainsi déléguées par le Parlement au Gouvernement.

D'autre part, s'agissant du nouveau motif de licenciement, aucune garantie n'est fixée qui soit de nature à garantir que ce dispositif ne conduise pas à des inégalités devant la loi entre les salariés placés dans une situation comparable. Eu égard à l'atteinte potentielle aux droits et principes de valeur constitutionnelle sus mentionnés, une telle imprévisibilité apparaît manifestement contraire aux exigences issues de votre jurisprudence.

Enfin, la motivation du licenciement constitue une garantie du droit à l'emploi consacré par l'alinéa 5 du préambule de la Constitution de 1946. En l'état de la rédaction du texte, le Gouvernement pourrait ainsi être habilité à créer une modalité de licenciement « automatique », sans prendre en compte la situation personnelle des salariés, et sans obligation de motivation réelle. L'imprécision de la rédaction de cet article est susceptible de conduire à une méconnaissance de ces dispositions constitutionnelles.

2) Article 1 2° b) : « (...) 2° *De favoriser les conditions de mise en œuvre de la négociation collective en : (...) b) Facilitant le recours à la consultation des salariés pour valider un accord, à l'initiative d'un syndicat représentatif dans l'entreprise, de l'employeur ou sur leur proposition conjointe (...) »*

Cette rédaction imprécise offre au Gouvernement le pouvoir de prévoir que l'employeur seul (avec l'utilisation du « ou ») pourrait décider de recourir à la consultation des salariés pour valider un accord de négociation collective. Cette possibilité induite par cette formulation pourrait donc exclure les syndicats du processus de négociation collective, et méconnaîtrait donc la place prédominante qu'ils doivent occuper dans la négociation collective (96-383 DC, le Conseil constitutionnel évoquant notamment que les alinéas 6 et 8 sus-cités conféraient aux « *organisations syndicales vocation naturelle à assurer, notamment par la voie de la négociation collective, la défense des droits et intérêts des travailleurs* »).

=> Ces imprécisions sont d'autant plus problématiques qu'elles sont renforcées par la formulation équivoque de l'article 2 de ce même projet de loi. Cette formulation est aussi susceptible de conduire à la remise en cause de la place et du rôle prédominants des syndicats dans la négociation collective (voir développements ci-dessous).

3) Article 2 : « (...) 1° *Fusionnant en une seule instance les délégués du personnel, le comité d'entreprise et le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et en définissant les conditions de mise en place, les seuils d'effectifs à prendre en compte, la composition, les attributions et le fonctionnement de cette instance, y compris les délais d'information-consultation, la formation de ses membres, ses moyens et les modalités de contrôle de ses comptes et de choix de ses prestataires et fournisseurs, et en fixant à trois, sauf exceptions, le nombre maximal de mandats électifs successifs des membres de l'instance ainsi que les conditions et modalités de recours aux expertises (...) 2° Déterminant les conditions dans lesquelles l'instance mentionnée au 1° exerce, si une convention ou un accord le prévoit, les compétences en matière de négociation des conventions et accords de groupe, d'entreprise ou d'établissement, en disposant des moyens nécessaires à l'exercice de ces prérogatives (...) »*

Ces dispositions, dans leur rédaction ne répondant pas à l'exigence de clarté, sont susceptibles de conduire à une méconnaissance des alinéas 6 et 8 du préambule de la Constitution de 1946, le législateur devant en effet exercer un contrôle spécifique au regard de ces dispositions dans le domaine en cause.

=> Dans sa décision 2013-333, le Conseil constitutionnel avait précisé qu'il « *incombe au législateur de déterminer, dans le respect de ce principe [alinéa 8] et de la liberté syndicale, garantie par le sixième alinéa, les conditions de garantie de sa mise en œuvre et, en particulier, les modalités selon lesquelles la représentation des travailleurs est assurée dans l'entreprise.* ».

Plus précisément, dans les dispositions en cause, des atteintes aux alinéas précités du préambule de la Constitution de 1946 sont constituées en ce que par exemple :

- ce projet de loi ne définit pas suffisamment les conditions dans lesquelles le Gouvernement pourra décider de la restriction de mandats pour les délégués syndicaux ici créée, en particulier la restriction dans le temps peu claire mentionnant un principe de trois mandats « **sauf exceptions** » - et ce sans plus de précision ... **ce qui confère au Gouvernement la faculté de décider de manière discrétionnaire et solitaire de l'éventualité, de la nature, du champ et de la portée de ces « exceptions », ...** - ;

- la fusion des instances de représentation (CE et CHSCT) et de négociation (délégués syndicaux, mais aussi délégués du personnel), porterait atteinte à la place prédominante des syndicats dans la négociation collective (96-383 DC, le Conseil constitutionnel évoquant notamment que les alinéas 6 et 8 sus-cités conféraient aux « *organisations syndicales vocation naturelle à assurer, notamment par la voie de la négociation collective, la défense des droits et intérêts des travailleurs* ») ; ce d'autant plus que le 2° de cet article 2 prévoit sans plus de précision la possibilité de compétences spécifiques de négociation pour l'instance unique qui seraient régies par des conventions ou accords de « de groupe, d'entreprise, ou d'établissement »...

Il est à noter que les explications de la représentante du Gouvernement, Mme Muriel Pénicaud, ministre du travail sur cette disposition étaient particulièrement floues : « *Rappelons que les concertations sont en cours sur l'article 2. Celui-ci comporte diverses dispositions, **qui ne seront sans doute pas toutes conservées dans les ordonnances. Elles serviront ou non, selon le résultat des négociations.** Mais il importe de les inscrire dans le projet de loi d'habilitation, notamment pour résoudre certaines questions qui se posent dans les petites entreprises.* » (Commission des affaires sociales, Mercredi 5 juillet 2017, Séance de 21 heures 30).

4) Article 3 1° b) : « *Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, dans un délai de six mois à compter de la promulgation de la présente loi, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnances toute mesure relevant du domaine de la loi afin : [...]*
b) Modifiant les dispositions relatives à la réparation financière des irrégularités de licenciement, d'une part, en fixant un référentiel obligatoire établi notamment en fonction de l'ancienneté, pour les dommages et intérêts alloués par le juge en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, à l'exclusion des licenciements entachés par une faute de l'employeur d'une exceptionnelle gravité, notamment par des actes de harcèlement ou de discrimination et, d'autre part, en supprimant en conséquence, le cas échéant, les dispositions relatives au référentiel indicatif mentionné à l'article L. 1235-1 du code du travail et en modifiant les planchers et les plafonds des dommages et intérêts fixés par le même code pour sanctionner les autres irrégularités liées à la rupture du contrat de travail (...) »

Par leur imprécision, ces dispositions présentent un risque majeur de méconnaissance du :

- a) principe de séparation des pouvoirs ;
- b) principe d'égalité devant la loi.

a) Sur la séparation des pouvoirs. Ce principe fondamental reconnu par les lois de la République (86-224 DC du 23 janvier 1987) résulte de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution.* » Le principe de séparation des pouvoirs est la condition première du fonctionnement démocratique des institutions.

Cette disposition contestée autorise le gouvernement à instaurer un plafonnement obligatoire des réparations résultant d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, privant ainsi potentiellement le juge du pouvoir d'appréciation quant au préjudice effectivement subi par les salariés illégalement licenciés.

Or, ni le Gouvernement, ni le législateur ne peuvent empiéter sur les fonctions juridictionnelles, notamment en leur adressant des injonctions ou censurer leurs décisions (83-119 DC), ni se substituer aux juridictions dans le règlement des litiges relevant de leurs compétences (87-228 DC, 96-375 DC). Ainsi, la privation du pouvoir d'appréciation du juge sur la réalité du préjudice et son ampleur qui relève par définition de son pouvoir souverain tel que formulé, méconnaîtrait le principe constitutionnel de séparation des pouvoirs.

b) Sur le principe d'égalité. Il résulte de l'article 6 de la Déclaration de 1789 que la loi « *doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse* ».

Il ressort de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit (79-107 DC du 15 juillet 1979, 2016-736 DC du 4 août 2016).

La formulation imprécise de l'article 3 b du projet de loi d'habilitation induirait une méconnaissance du principe d'égalité en ce que l'habilitation permettrait d'instaurer une différence de traitement entre les salariés selon qu'il s'agirait de leur accorder des indemnités dans le cadre d'un licenciement ou qu'ils auraient été victimes d'autres fautes civiles.

Par ailleurs, il ressort de l'exposé des motifs du projet de loi d'habilitation que cette disposition vise à redonner confiance aux employeurs et aux investisseurs. Or, **ce motif ne constitue pas un motif d'intérêt général justifiant une atteinte au principe d'égalité.**

En effet le plafonnement obligatoire des réparations financières qui peuvent être allouées aux salariés dans le cadre d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse déroge au principe de réparation intégrale du préjudice subi qui résulte de l'article 1240 du code civil, principe qui, lui, est d'intérêt général au regard de l'objectif d'égalité et de protection qu'il poursuit. On ne peut nier que le droit du travail s'est historiquement émancipé du droit commun en raison du déséquilibre structurel entre les parties qui caractérise la relation salariale. A l'inverse de ce mouvement historique qui a forgé la logique juridique du droit du travail, la disposition contestée revient à instaurer un régime d'indemnisation défavorable aux salariés, pourtant déjà par nature partie « faible » au contrat.

Dans ces conditions, cette formulation imprécise de l'article 3 b) qui habilite le gouvernement à inverser cette logique structurante du droit des contrats en général et du droit du travail en particulier habituellement conforme à l'intérêt de la Justice, doit être censurée.

Ceci est d'autant plus pertinent que le Conseil constitutionnel a constamment rappelé dans sa jurisprudence son attachement au principe de réparation intégrale du préjudice issu du code civil, à savoir que « nul n'ayant le droit de nuire à autrui, en principe tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer » (décision n°82-144 DC du 22 octobre 1982).

5) Article 3 2° a) : « *Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, dans un délai de six mois à compter de la promulgation de la présente loi, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnances toute mesure relevant du domaine de la loi afin : (...) 2° De modifier les dispositions relatives au licenciement pour motif économique en : a) **Définissant la règle selon laquelle la cause économique d'un licenciement, dans une entreprise appartenant à un groupe, est appréciée au niveau des entreprises appartenant au même groupe, situées sur le territoire national et relevant du même secteur d'activité, ainsi que les éventuels aménagements à cette règle (...)** »*

En habilitant le Gouvernement à « modifier les dispositions relatives au licenciement pour motif économique », en lui laissant le soin de définir la règle selon laquelle la cause économique ne doit plus être appréciée qu'au niveau des entreprises appartenant au même groupe, situées sur le territoire national et relevant du même secteur d'activité, tout lui laissant le loisir d'imaginer les « éventuels aménagements à cette règle », le législateur a manifestement méconnu sa compétence.

D'une part, la définition d'une telle règle est susceptible de porter une grave atteinte au droit à l'emploi en ce qu'elle est susceptible *d'avoir un effet incitatif pour la délocalisation d'emplois hors de France par des entreprises privées – au regard du périmètre d'appréciation des difficultés économiques qui serait retenu* -. Ainsi, telles que formulées, ces dispositions vont à l'encontre d'un **objectif d'intérêt général de développement de l'emploi sur le territoire national, qui pourrait être reconnu par votre juridiction comme un objectif de valeur constitutionnelle – au demeurant, l'objectif constitutionnel de lutte contre l'évasion fiscale que vous avez consacré (votre décision n° 2010-70 QPC du 26 novembre 2010) relève d'une logique comparable** -.

En effet, faute de précision quant aux garanties essentielles à respecter par le Gouvernement, la définition d'une telle règle pourrait conduire à faciliter abusivement les licenciements pour motif économique et ainsi produire les effets exactement contraires à ceux que le législateur entend rechercher.

D'autre part, en prévoyant que le Gouvernement pourra déterminer librement les « éventuels aménagements à cette règle » sans préciser la nature et l'ampleur de ces derniers, cette disposition rend manifestement possibles des atteintes au principe à valeur constitutionnelle d'égalité devant la loi.

6) Article 3 2° e) : « (...) e) *Adaptant les modalités de licenciements collectifs à la taille de l'entreprise et au nombre de ces licenciements (...)* »

Par sa rédaction, cette disposition pourrait induire un risque de méconnaissance du principe à valeur constitutionnelle d'égalité devant la loi.

En effet, deux salariés se trouvant dans une situation identique mais dans des entreprises dont la taille ou avec un nombre de licenciements collectifs différents connaîtraient ainsi une différence de traitement, en ce que les règles de droit commun s'appliqueraient à l'un et d'autres règles non encore édictées et prévues par cet article s'appliqueraient à l'autre.

Mais aussi, cette différence de traitement n'apparaît aucunement, en l'état de la rédaction imprécise du texte, justifiée par un motif d'intérêt général particulier (car ce ou ces motifs ne sont pas du tout précisés dans cet alinéa du projet de loi...).

7) Article 5 : « *Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, dans un délai de six mois à compter de la promulgation de la présente loi, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnances toute mesure relevant du domaine de la loi pour :1° Modifier, à des fins de simplification, de sécurisation juridique et de prévention, les règles de prise en compte de la pénibilité au travail, en adaptant les facteurs de risques professionnels mentionnés à l'article L. 4161-1 du code du travail, les obligations de déclaration de ceux-ci, les conditions d'appréciation de l'exposition à certains de ces facteurs, les modes de prévention, les modalités de reconnaissance et de compensation de la pénibilité ainsi que les modalités de financement des dispositifs correspondants (...)* »

En prévoyant que le Gouvernement pourra prendre « toute mesure » pour modifier les règles de prises en compte de la pénibilité au travail, en adaptant les facteurs de risques professionnels, les obligations de déclaration de ceux-ci, les conditions d'appréciation de l'exposition à certains de ces facteurs, les modes de prévention, les modalités de reconnaissance et de compensation de la pénibilité ainsi que les modalités de financement des dispositifs correspondant, le 1° de l'article 5 est manifestement entaché d'incompétence négative.

Le législateur a en effet consenti une habilitation excessivement étendue dans la mesure où les finalités de « simplification », de « sécurisation juridique » et de « prévention » apparaissent singulièrement floues alors que le « droit à la protection de la santé » garanti par l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 est susceptible d'être mis en cause. Eu égard aux risques d'atteinte à ce droit constitutionnellement protégé, le législateur aurait dû préciser et borner les finalités de l'habilitation, notamment en indiquant au Gouvernement l'ensemble des garanties légales que doivent respecter ses ordonnances.

Il est à noter que les explications de la représentante du Gouvernement, Mme Muriel Pénicaud, ministre du travail sur cette disposition étaient particulièrement floues. En séance, la ministre avait annoncé que les trois critères étaient gelés, puis quelques jours plus tard en commission, elle a annoncé que les critères seraient tous maintenus... « *Les dix facteurs sont confortés, simplement c'est le mode de déclaration qui change, et du coup le mode de traitement derrière* ». (Propos tenus oralement la Ministre lors de son audition en commission des affaires sociales, lundi 31 juillet, 1h19 de la vidéo afférente³).

Preuve que l'habilitation peut aller dans plusieurs sens et n'est ni suffisamment précise, ni suffisamment claire.

³ http://videos.assemblee-nationale.fr/video.4739917_595be34aa0469.commission-des-affaires-sociales--projet-de-loi-d-habilitation--mme-muriel-penicaud-ministre-du-t-4-juillet-2017

8) Article 6 : « I. - Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, dans un délai de douze mois à compter de la promulgation de la présente loi, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnances toute mesure relevant du domaine de la loi afin d'harmoniser l'état du droit, d'assurer la cohérence des textes, d'abroger les dispositions devenues sans objet et de remédier aux éventuelles erreurs en :

1° Prévoyant les mesures de coordination et de mise en cohérence résultant des ordonnances prises sur le fondement de la présente loi ;

2° Corrigeant des erreurs matérielles ou des incohérences contenues dans le code du travail à la suite des évolutions législatives consécutives à la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, à la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels et à la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté ;

3° Actualisant les références au code du travail modifiées à la suite des évolutions législatives mentionnées au 2° du présent I dans les codes, lois et ordonnances en vigueur. (...) »

Cet article consiste à habilitier à une ordonnance de « coordination ». Il vise donc théoriquement à assurer la cohérence rédactionnelle, soit à épurer les textes applicables de dispositions sans objet, ainsi qu'à en garantir la cohérence matérielle, comme par exemple dernièrement l'article 225 de la loi n°2016-41 de modernisation de notre système de santé du 26 janvier 2016 l'avait lui-même prévu. **Toutefois et à la lumière de nombreux précédents parmi les ordonnances de coordination** et notamment la loi précitée qui indique « assurer la cohérence des textes », article 124 de la loi n°124 de la loi n°2009-879 du 21 juillet 2009 HPST qui mentionne l'adaptation « à droit constant », **les dispositions de la loi soumise à votre contrôle sont beaucoup plus floues, notamment en ce qui concerne les « mesures de coordination (...) résultant des ordonnances prises sur [son] fondement ».**

Par ailleurs, contrairement aux autres articles du projet de loi d'habilitation, celui-ci prévoit une durée d'habilitation de 12 mois, soit 6 mois de plus que le délai prévu aux autres articles. Cette différence de durée permet de mettre en doute le périmètre réel et l'ampleur des modifications auxquelles le Gouvernement souhaite procéder.

Enfin, sémantiquement, on remarquera l'utilisation excessivement fréquente de l'adverbe « notamment » ((1° et 1° c) de l'article 1, 3° et 8° de l'article 2, b) du 1° et 4° de l'article 3, 2° de l'article 5), qui élude utilement de nombreux points devant être précisés, les listes suivant cet adverbe étant particulièrement limitées - alors qu'elles devraient être clairement détaillées pour convenir à l'exigence de précision -.

En l'état, la rédaction de l'habilitation de ce projet de loi place ainsi le Parlement dans l'impossibilité de s'assurer que les mesures prises dans le cadre cette habilitation respecteraient les principes constitutionnels susceptibles d'être méconnus.

CONCLUSIONS

En définitive, les députés signataires demandent au Conseil constitutionnel de se prononcer sur ces points et :

- A titre principal, de déclarer inconstitutionnel ce projet de loi habilitant le Gouvernement à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social ;

- A titre subsidiaire, de déclarer inconstitutionnels les articles qui ont méconnu spécifiquement les dispositions visées./.

ANNEXE :

Pièces jointes :

- 1) Attestations de députés (...)

- 2) Attestations de Groupes parlementaires