

Commentaire de la décision n° 2005-521 DC du 22 juillet 2005

Loi habilitant le Gouvernement à prendre, par ordonnance,
des mesures d'urgence pour l'emploi

Le 13 juillet 2005, dernier jour de la session extraordinaire, plus de soixante députés et plus de soixante sénateurs ont saisi le Conseil constitutionnel de la loi habilitant le Gouvernement à prendre, par ordonnances, des mesures d'urgence pour l'emploi.

Etaient critiquées deux des dix mesures d'habilitation figurant à l'article 1er du texte déféré.

D) Le contrat " nouvelles embauches "

Aux termes de l'article 1er de la loi déférée :

" Dans les conditions prévues par l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnance toute mesure visant à :

1° Favoriser l'embauche dans les entreprises et organismes mentionnés au premier alinéa de l'article L. 131-2 du code du travail et n'employant aucun salarié ou n'employant qu'un petit nombre de salariés, par l'institution d'un contrat de travail sans limitation de durée comportant pendant une période déterminée des règles de rupture et un régime indemnitaire spécifiques, garantissant au salarié, pendant cette période, une indemnité en cas de rupture à l'initiative de l'employeur supérieure à celle résultant de l'application des règles de l'article L. 122-9 du même code "

Il est ainsi fait référence au contrat dit " nouvelles embauches " dont les caractéristiques seront déterminées par l'ordonnance, mais ont déjà été assez précisément décrites tant dans le discours de politique générale du Premier ministre qu'au cours du débat parlementaire.

A l'encontre des dispositions précitées, les saisines invoquaient un grief de forme et plusieurs griefs de fond.

1) Etait dénoncée l'imprécision du champ de l'habilitation quant aux entreprises concernées.

En visant les entreprises " n'employant qu'un petit nombre de salariés ", la loi d'habilitation ouvrirait grande une " faille pour bouleverser l'ensemble du droit du travail. Conçu, selon les mots de Monsieur le Premier ministre prononcés lors de sa déclaration de politique générale, pour de très petites entreprises, l'habilitation demandée par le Gouvernement ouvre, en définitive, sur une généralisation de ces futurs contrats précaires ".

Ce moyen pouvait être rejeté sur l'un ou l'autre des deux terrains suivants.

a) Le moyen manquait d'abord en fait car, ainsi qu'il ressort des travaux parlementaires, le domaine des entreprises visées n'a jamais compris les entreprises de plus de vingt salariés.

Il englobe les entreprises, en effet très petites, pour lesquelles culmine le " risque d'embauche " (risque de retournement de conjoncture ou d'évaluation erronée des compétences professionnelles ou des qualités personnelles de la personne embauchée).

Objectif, ce risque est également subjectif. En le diminuant, le contrat " nouvelles embauches " est susceptible de desserrer un frein psychologique à l'embauche, frein beaucoup plus fort dans les petites entreprises, notamment à défaut de service des ressources humaines et de service contentieux.

Les petites entreprises constituant une réserve d'emplois potentiels, l'économie générale de la mesure présente un lien direct avec sa finalité (lever un obstacle à l'embauche).

b) Mais, surtout, le reproche d'imprécision était inopérant à l'encontre d'une expression figurant dans un dispositif d'habilitation.

Il est en effet de jurisprudence constante (par exemple : n° 2003-473 DC précité, cons. 4) que *" si l'article 38 de la Constitution fait obligation au Gouvernement d'indiquer avec précision au Parlement, afin de justifier la demande qu'il présente, la finalité des mesures qu'il se propose de prendre par voie d'ordonnances ainsi que leur domaine d'intervention, il n'impose pas au Gouvernement de faire connaître au Parlement la teneur des ordonnances qu'il prendra en vertu de cette habilitation "*.

En l'espèce, le 1° de l'article 1er définit précisément tant la finalité de l'habilitation (favoriser l'embauche dans les petites entreprises) que l'économie générale de la mesure envisagée (création d'un nouveau contrat de travail à durée indéterminée et période d'essai prolongée). La loi d'habilitation n'avait pas à fixer elle-même le seuil de l'effectif salarié en deçà duquel s'appliquerait la mesure.

2) Sur le fond, le contrat " nouvelles embauches ", par les possibilités nouvelles qu'il offrira à l'employeur de mettre fin au contrat de travail au cours d'une période initiale pouvant aller jusqu'à deux ans, était présenté comme contraire :

- aux exigences constitutionnelles relatives à la résiliation des contrats, telles que le Conseil constitutionnel les a déduites de l'article 4 de la Déclaration de 1789 dans sa décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999 (pacte civil de solidarité, cons. 60 à 63) ;

- à la liberté contractuelle, dès lors que, selon les saisines, l'ordonnance à venir porterait nécessairement atteinte, sans motif d'intérêt général suffisant, à l'économie des conventions collectives en cours, et plus précisément aux stipulations conventionnelles en matière de période d'embauche et de préavis ;

- aux dispositions du Préambule de la Constitution de 1946 relatives au droit au travail, à défaut, selon les saisines, de garanties idoines contre un licenciement abusif (nécessité d'une cause réelle et sérieuse, contrôle juridictionnel de la cause, protection des salariés protégés et des salariées enceintes, droit au reclassement interne...)

- aux dispositions propres aux procédures de cessation des contrats de travail figurant dans la convention C 158 de 1982 de l'Organisation du travail et, plus particulièrement, à l'article 8-1 de cette convention, aux termes duquel : *" un travailleur qui estime avoir fait l'objet d'une mesure de licenciement injustifiée a le droit de recourir contre cette mesure devant un*

organisme impartial tel qu'un tribunal, un tribunal de travail, une commission d'arbitrage ou un arbitre ".

Cette argumentation pouvait être rejetée sur l'un ou l'autre des terrains suivants.

a) En premier lieu, elle méconnaissait le fait que la période au cours de laquelle la cessation du contrat de travail sera facilitée à l'employeur est une période déterminée, que l'on peut qualifier, comme l'a fait le Premier ministre devant l'Assemblée nationale le 8 juin 2005, de période d'essai.

Destinée à réduire le " risque d'embauche " pesant, pour des raisons structurelles, sur les petites entreprises, cette " facilitation " a pour objet de les inciter à recruter.

En quoi résidera la flexibilité dénoncée ? Si on se rapporte aux déclarations gouvernementales, elle tiendra à ce que la résiliation du contrat de travail pourra être décidée pour tout motif non illicite et ne sera assujettie ni aux contraintes procédurales du livre Ier du code du travail (motivation, entretien préalable), ni aux obligations de reclassement prévues par son livre III. En contrepartie, l'intéressé bénéficiera d'un meilleur régime d'indemnisation et d'accompagnement dans la recherche d'un nouvel emploi.

L'essentiel est que les dérogations permises par le contrat " nouvelles embauches " ne joueront que pendant la période d'essai (qui ne n'excédera pas deux ans) d'un nouveau type de contrat de travail.

Or les exigences constitutionnelles ou conventionnelles évoquées par les requérants ne s'appliquent pas à une telle hypothèse ou ne s'y appliquent que moyennant de forts tempéraments.

Comme l'indiquait le Gouvernement dans ses observations, celui-ci prévoit de n'instituer, dans le cadre du contrat " nouvelles embauches ", que des dérogations aux règles de droit commun limitées et proportionnées au but visé. La finalité du dispositif implique l'aménagement de seulement certaines des règles en vigueur, en particulier pour ce qui concerne la motivation du licenciement, la nécessité d'invoquer une cause réelle et sérieuse et les délais de recours contentieux.

Ainsi, le Premier ministre a indiqué au Sénat, au cours de sa séance du 7 juillet 2005, que l'exigence d'un délai congé ne sera pas supprimée. Le gouvernement n'entend pas non plus déroger aux protections dont bénéficient certains salariés au titre d'un mandat représentatif ou syndical ou de dispositions particulières du code du travail relatives, par exemple, aux femmes enceintes ou aux salariés victimes d'accidents du travail. Enfin, si les dérogations apportées en matière de cause et de motivation du licenciement impliquent un contrôle juridictionnel adapté, l'ordonnance n'aura ni pour objet ni pour effet d'interdire la formation de recours juridictionnels permettant de contester la validité du licenciement au regard des règles de l'ordre public social, par exemple en matière de discrimination, ainsi que le ministre de l'emploi, de la cohésion sociale et du logement l'a indiqué au Sénat au cours de la séance du 7 juillet 2005.

Par ailleurs, la loi déferée ne remet pas en cause les stipulations d'accords collectifs de travail antérieurement conclus. Certes, ces accords n'ont pu, par construction, entendre régir ce nouveau type de contrat. Par exemple, les délais de congé prévus par certains accords

collectifs déjà conclus ne seront pas opposables au préavis applicable au contrat " nouvelles embauches ". Mais la création d'un nouveau contrat de travail ne peut s'analyser comme une atteinte à l'économie ou à la portée des accords collectifs antérieurement conclus. La violation de la liberté contractuelle ne peut donc être utilement invoquée.

b) En tout état de cause, l'argumentation des requérants revenait à critiquer par avance le contenu de l'ordonnance à prendre en application du 1° de l'article 1er de la loi d'habilitation.

Or ce contenu n'était pas encore fixé, et, sur les points évoqués par les saisines, n'était pas non plus prédéterminé par les termes très généraux de la loi attaquée ("*contrat comportant pendant une période déterminée des règles de rupture et un régime indemnitaire spécifiques...*").

Prématurée, l'argumentation a été écartée comme inopérante, conformément à la jurisprudence constante (n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, cons. 14 et 15 ; n° 2003-473 DC du 26 juin 2005, cons. 10 et 24). selon laquelle :

- Saisi d'une loi d'habilitation, il appartient au Conseil constitutionnel de vérifier qu'elle ne comporte aucune disposition méconnaissant par elle-même ou par ses conséquences nécessaires des règles et principes de valeur constitutionnelle ou conventionnelle ;

- Pour le reste, la conformité à la Constitution ou aux engagements internationaux ou européens de la France d'une loi d'habilitation est admise sous la condition qu'elle soit interprétée et appliquée dans le respect de la Constitution. L'habilitation ne saurait avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le Gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en application de l'article 38 de la Constitution, du respect des règles et principes de valeur constitutionnelle ou conventionnelle.

Il résulte de cette jurisprudence qu'une habilitation dont le libellé autoriserait une brèche dans le bloc de constitutionnalité doit être censurée. Mais il en résulte également que l'habilitation n'a pas à énoncer expressément toutes les exigences constitutionnelles que les ordonnances prises sur son fondement devront respecter. Le silence de la loi d'habilitation sur ces exigences doit être interprété comme les réservant.

Aussi est-ce sans préjudice de l'observation de telles exigences que les auteurs des ordonnances feront usage de l'habilitation. Le contrôle de leur respect est en quelque sorte reporté en aval du processus d'habilitation et c'est bien normal, puisque le contenu des ordonnances ne sera cristallisé que postérieurement au vote de l'habilitation. Ce contrôle incombera, selon les cas, au Conseil d'Etat dans ses formations consultatives (examen des projets d'ordonnance), au Conseil d'Etat dans ses formations contentieuses (avant ratification), ou au Conseil constitutionnel (saisi d'une loi de ratification).

Sont en conséquence inopérants à l'encontre d'une loi d'habilitation les griefs tirés de ce que, à défaut de précisions le prévoyant expressément, cette loi n'aurait pas par avance interdit aux ordonnances toute infraction à une exigence constitutionnelle ou conventionnelle.

II) Le franchissement des seuils

Aux termes du 5° de l'article 1er de la loi déferée, le Gouvernement est habilité à :

" Aménager les règles de décompte des effectifs utilisées pour la mise en oeuvre de dispositions relatives au droit du travail ou d'obligations financières imposées par d'autres législations, pour favoriser, à compter du 22 juin 2005 l'embauche par les entreprises de salariés âgés de moins de vingt-six ans "

Comme le 1° du même article, cette disposition tend à desserrer un frein psychologique à l'embauche. Il vise les entreprises dont les effectifs se rapprochent des seuils au-delà desquels se déclenchent certaines obligations légales (mise en place d'organes représentatifs du personnel, contributions financières...)

Le but poursuivi étant l'embauche des jeunes (moins de vingt-six ans), l'ordonnance " *aménagera les règles de décompte des effectifs* " pour neutraliser - ou seulement amortir - l'effet de ces embauches sur les obligations légales qu'elle énumérera.

Il ne s'agit donc pas, comme l'affirmaient les requérants, de remettre en cause l'existence ou le contenu des obligations légales concernées.

Ainsi que l'a déclaré le ministre délégué à l'emploi, au travail et à l'insertion professionnelle des jeunes au Sénat lors de la séance du 7 juillet 2005, la disposition en cause n'aura pour effet, ni directement ni indirectement, de conduire à la suppression d'institutions représentatives créées dans les entreprises avant l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions : une clause de maintien des institutions existantes figurera, en effet, explicitement dans l'ordonnance prise sur le fondement du 5° de l'article 1er de la loi.

En revanche, la disposition critiquée posait en effet problème au regard du principe d'égalité.

L'ordonnance à prendre aura nécessairement pour effet de placer dans une situation différente des entreprises (et leurs salariés) d'effectifs identiques mais différemment composés.

Deux entreprises de même secteur et d'effectifs identiques dépassant un seuil de quelques unités seront l'une assujettie, l'autre pas, à la règle qui s'applique au-delà de ce seuil, si seule l'une d'entre elles a atteint cet effectif en embauchant des personnes âgées de moins de 26 ans.

La critique était opérante car, contrairement à celles visant le 1° de l'article 1er, elle n'était pas prématurée.

Elle n'était pas pour autant fondée.

De jurisprudence constante, 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 (voir encore, tout récemment, n° 2005-516 DC du 7 juillet 2005, cons. 16).

Les requérants contestaient que la différence de traitement qui résultera nécessairement de la disposition critiquée soit justifiée par l'intérêt général qui s'attache à l'emploi des jeunes :

" Force est d'admettre que le fait d'employer des salariés de moins de vingt six ans en nombre important ne justifie pas l'affaiblissement des protections constitutionnelles précitées. Au regard de l'intérêt général illustré par l'objet de la loi - favoriser l'emploi - avec lequel tout le monde est évidemment en accord, rien ne fonde rationnellement et objectivement de telles différenciations quant à la mise en oeuvre des règles du droit du travail ".

Cette argumentation ne pouvait cependant être suivie.

Dès lors que l'emploi des jeunes constitue un objectif d'intérêt général (ce qui n'était pas contesté) et que l'aménagement des règles de seuil peut objectivement et rationnellement servir cet objectif, le décompte " hors seuil " des personnes embauchées à compter du 22 juin 2005 en application de l'ordonnance à intervenir, tant qu'elles seront âgées de moins de 26 ans, n'est pas contraire au principe d'égalité.

Il n'est guère douteux en effet que la crainte des conséquences du franchissement des seuils influe de façon dissuasive sur les décisions d'embauche. Comment expliquer autrement que le nombre d'entreprises de 9 salariés soit deux fois plus élevé que celui des entreprises de 10 salariés ? ou que l'évolution de l'emploi dans les entreprises se situant juste en dessous du seuil de 50 salariés apparaisse aussi ralentie ? Il s'agit là d'un constat statistique et non d'un présupposé arbitraire comme l'affirmaient les requérants, qui déniaient tout lien objectif et rationnel entre la mesure critiquée et la politique de l'emploi.

De plus, la mesure critiquée est par définition temporaire, puisqu'elle prend fin lorsque l'intéressé atteint l'âge de 26 ans. L'habilitation ne conduira pas à exclure définitivement les jeunes embauchés du décompte des effectifs de l'entreprise, mais à simplement différer, de façon temporaire, leur prise en compte jusqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge de 26 ans.

En outre, l'habilitation ne conduira pas à l'application de règles différentes, au sein d'une même entreprise, aux jeunes recrutés et aux autres salariés. Le mode de décompte des effectifs sera aussi sans incidence sur les droits électoraux et l'éligibilité

En ce qui concerne tant le principe d'égalité que le motif d'intérêt général poursuivi par le législateur, le Conseil a déjà jugé *" qu'aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur de prendre des mesures propres à venir en aide à des catégories de personnes défavorisées ; que le législateur pouvait donc, en vue d'améliorer l'emploi des jeunes, autoriser des mesures propres à cette catégorie de travailleurs ; que les différences de traitement qui peuvent résulter de ces mesures entre catégories de travailleurs ou catégories d'entreprises répondent à une fin d'intérêt général qu'il appartenait au législateur d'apprécier et ne sont, dès lors, pas contraires à la Constitution "* (n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, cons. 31).

Surtout, le Conseil constitutionnel a déjà admis la constitutionnalité d'une disposition selon laquelle, pour l'application aux entreprises des dispositions législatives ou réglementaires du code du travail qui se réfèrent à une condition d'effectif de personnel, il n'est pas tenu compte, temporairement, des salariés engagés dans certaines conditions d'âge et de délai (n°77-79 DC du 5 Juillet 1977, loi portant diverses dispositions en faveur de l'emploi des jeunes). Ce précédent était étroitement transposable.

D'autres dispositions ont déjà procédé à l'exclusion de certains salariés du décompte des effectifs pour l'application des seuils, par exemple la loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 ou la

loi n° 85-772 du 25 juillet 1985. Il n'est par exemple pas tenu compte des apprentis et des titulaires de contrats de travail aidés dans le décompte des effectifs (articles L 117-11-1 et L 322-4-9 du code du travail).

Enfin, la loi d'habilitation n'avait pas à déterminer elle-même " *les dispositions relatives au droit du travail* " ou " *les obligations financières* " concernées.

En renvoyant à l'ordonnance la détermination de ces dispositions et obligations, la disposition attaquée n'a pas " *méconnu la nécessaire précision qui s'attache aux lois d'habilitation* ", pour reprendre l'expression des requérants.

Comme il a été dit à propos du 1° de l'article 1er, il suffit, comme en l'espèce, que la loi d'habilitation définisse la finalité de la mesure (ici : l'emploi des jeunes) et son domaine (ici : l'aménagement des règles de décompte des effectifs pour l'application des seuils légaux).