

¹ *De l'esprit des lois*, Liv. XI, Chap. VI.

² De même, dans le champ de la négociation collective, les arrêts du Tribunal suprême du 22 décembre 2014 (Ar. 6638) et du 17 mars 2015 (Ar. 1009) sur l'« ultra-activité » de la convention collective sont d'une grande importance. La réforme de 2012 a limité l'ultra-activité ou le maintien des clauses normatives de la convention collective à un an, jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle convention collective, et a établi que, une fois passée cette période et à défaut d'accord, il faut appliquer la convention collective sectorielle, s'il en existe, ou à défaut, les lois et dispositions réglementaires. Dans les prochains jours, le Tribunal suprême doit rendre un nouvel arrêt sur la question.

³ Cf. not. les arrêts du Tribunal suprême des 18 février, 26 mars et 17 juillet 2014 (Ar. 3268, 2778 et 5743) et les arrêts de l'Audience nationale des 28 septembre, 15 octobre, 21 novembre et 18 décembre 2012 (Ar. 2515, 2/2013, 2409/2013 et 1036/2013) ou encore des 4 avril et 4 juillet 2013 (Ar. 1816 et PROV 235651). En tout cas, selon l'arrêt du Tribunal suprême du 17 juillet 2014 (Ar. 5743), on devrait exclure, comme dénuées de caractère raisonnable, les décisions de l'employeur qu'offrent une disproportion manifeste entre l'objectif fixé et les sacrifices imposés aux travailleurs.

La Cour constitutionnelle a reconnu la constitutionnalité des dispositions les plus importantes de la réforme du marché du travail réalisée par le décret-loi royal 3/2012 du 10 février, devenu la loi 3/2012 du 6 juillet. Plusieurs modifications étaient destinées à réduire ou à éliminer le rôle des juges dans l'interprétation de l'existence des causes justifiant les décisions de l'employeur en matière de modifications substantielles des conditions de travail, suspension du contrat ou licenciement collectif. Les juges et les tribunaux ont cependant refusé de devenir « la bouche de la loi », pour employer l'expression de Montesquieu¹, et ont jalousement conservé la compétence qui leur est conférée par la Constitution dans un État de droit. Nous allons illustrer l'importance et la pertinence de ces décisions de justice en matière de licenciement².

I - Licenciement pour raisons économiques, techniques, organisationnelles ou de production

La nécessité de fonder le licenciement sur une cause justificative est le principe de base ou la pierre angulaire de la protection contre le licenciement. La Convention n° 158 de l'OIT affirme qu'un travailleur « ne devra pas être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service » (art. 4). Par ailleurs, il est précisé que certains faits, expressément indiqués, ne peuvent constituer des motifs ou une raison valables de licenciement (art. 5 et 6). Selon les syndicats *CCOO* et *UGT*, la nouvelle réglementation des licenciements pour cause économique, technique, organisationnelle ou de production viole la Convention n° 158 dès lors que les travailleurs peuvent être licenciés sans un motif suffisamment important et proportionnel et ce, sans véritable contrôle judiciaire de la décision de l'employeur. Qu'il en aille ainsi dépend de l'étendue du contrôle effectué par les juges. Jusqu'à la réforme du marché du travail de 2012, la doctrine et la jurisprudence estimaient que le recours à des mesures graves, telles que des licenciements pour des motifs liés à l'entreprise, n'était possible qu'en l'absence d'alternatives moins nocives pour les travailleurs concernés, telles que la modification substantielle des conditions de travail, la mobilité géographique ou la suspension du contrat. Avec la loi du 6 juillet 2012, le législateur a manifestement souhaité réduire la marge d'appréciation des juges. D'une certaine façon, il a tenté de les priver de la compétence qui leur est dévolue dans un État de droit, notamment en ayant une définition extensive de la cause justifiant un licenciement. En éliminant toute véritable exigence de motivation de la finalité de la décision, le législateur a voulu libérer l'employeur de l'obligation d'indiquer, pour utiliser une terminologie française, la réalité et le sérieux de la cause du licenciement. De fait, ceci conduit à priver de tout intérêt le contrôle judiciaire prévu par la Convention n° 158. Le préambule de la loi du 6 juillet 2012 témoigne clairement de la volonté des juges de se limiter à vérifier l'existence de la cause, sans évaluer son caractère raisonnable, la proportionnalité ou la pertinence de la mesure projetée ou prise par l'employeur. En cela il est, à notre sens, porté atteinte à

la réserve de juridiction dont jouit le pouvoir judiciaire dans un État de droit et il y a violation notamment des articles 4, 8 et 9 de la Convention n° 158. En tout cas, des décisions de Hautes juridictions sont venues rappeler aux employeurs la nécessité non seulement d'apporter la preuve de l'existence d'une cause, mais également d'alléguer de ses effets sur le contrat de travail et de justifier le licenciement⁹. En somme, pour respecter la Convention n° 158 de l'OIT, il doit y avoir un contrôle juridictionnel complet de la cause, du caractère raisonnable, proportionnel et pertinent de la décision de l'employeur. L'exigence d'une justification du licenciement est inéluctablement liée à la possibilité d'un contrôle judiciaire de la nature réelle et sérieuse ou suffisante de la cause.



II - Indemnité pour licenciement injustifié

Suite à la réforme de 2012, les indemnités pour licenciement injustifié représentent trente-trois jours de salaire par année de service, au prorata des mois dans les périodes inférieures à un an, jusqu'à vingt-quatre mois (art. 56.1 *ET* et 110.1 *LJS*). Auparavant, l'indemnité était de quarante-cinq jours de salaire par année de service, calculés au prorata pour les mois dans les périodes inférieures à un an, jusqu'à un maximum de quarante-deux mois. Il convient toutefois de noter que l'indemnité de quarante-cinq jours de salaire par année de service continue à s'appliquer aux contrats de travail qui ont été conclus avant l'entrée en vigueur de la réforme, le 12 février 2012, mais seulement jusqu'à cette date. Pour le temps de prestation de services postérieur à cette date, l'indemnité est calculée au taux de trente-trois jours de salaire par année de service. Le montant de la compensation ne peut pas dépasser le salaire de 720 jours, à moins que le calcul de l'indemnité pour la période antérieure à cette date donne lieu à un nombre plus élevé de jours, cas dans lequel ce nombre est considéré comme le montant maximal de l'indemnité, à condition qu'il ne dépasse pas quarante-deux mois. Dans les deux tranches de calcul de l'indemnité, à la fois celle calculée au taux de quarante-cinq jours de salaire par année de service, ainsi que celle au taux de trente-trois jours, la règle du calcul au prorata par mois des périodes de moins d'un an doit s'appliquer (disposition transitoire 5 de la loi 3/2012). L'interprétation littérale de la disposition amène à comprendre que la deuxième tranche n'est pas applicable lorsque, conformément à la première tranche, on dépasse les 720 jours que ladite disposition transitoire établit en tant que limite. Néanmoins, dans le calcul de l'indemnité, l'arrêt du Tribunal Suprême du 29 septembre 2014 (Ar. 5332) ajoute à la première tranche de plus de 720 jours de salaire, sans atteindre les 42 mois, la deuxième tranche d'indemnité de trente-trois jours par année de service depuis le 12 février 2012, en limitant la somme des deux tranches à quarante-deux mois. Bien que discutable, l'arrêt du Tribunal suprême montre que la tentative du législateur de priver le juge du pouvoir d'interpréter les règles est vaine.