

Proposition de loi

concernant des mesures à prendre contre les licenciements économiques abusifs.

Avis du Conseil d'Etat

(12 juillet 2013)

Par dépêche du Premier Ministre, Ministre d'Etat, du 15 février 2011, le Conseil d'Etat fut saisi de la proposition de loi sous rubrique, déposée par le député André HOFFMANN en date du 17 novembre 2009, à laquelle étaient joints une note introductive, un exposé des motifs de chacune de ses quatre parties, ainsi qu'un commentaire du texte proposé.

Par dépêche du 21 février 2013, le Conseil d'Etat s'est vu transmettre un avis commun de la Chambre de commerce et de la Chambre des métiers.

*

L'auteur de la proposition de loi entend renforcer la protection des salariés en cas de licenciement économique, c'est-à-dire d'un licenciement effectué pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié.

La matière est régie au Code du travail, pour les licenciements économiques individuels, par l'article L. 124-11 et, pour les licenciements économiques collectifs, par les articles L. 166-1 et suivants. Ce dernier cadre légal ne s'applique qu'aux situations où le nombre de licenciements effectués par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne des salariés est égal ou supérieur à sept pour une même période de trente jours ou égal ou supérieur à quinze pour une même période de quatre-vingt dix jours.

La loi impose, en cas de licenciement collectif, sous peine de nullité, le respect d'un certain formalisme.

Aux termes de l'article L. 166-2, paragraphe 2 du Code du travail, les négociations préalables doivent porter obligatoirement « sur les possibilités d'éviter et de réduire le nombre des licenciements collectifs ainsi que sur les possibilités d'en atténuer les conséquences par le recours à des mesures sociales d'accompagnement visant notamment les aides au reclassement ou à la reconversion des salariés licenciés et les possibilités d'une réinsertion immédiate dans le marché du travail ».

Le même paragraphe énumère divers sujets précis qui doivent être obligatoirement abordés mais qui portent exclusivement sur les possibilités d'atténuer les conséquences des licenciements par des mesures sociales d'accompagnement.

Les dispositions légales en vigueur en matière de licenciements économiques collectifs sont essentiellement procédurales. Elles imposent le

respect d'une procédure d'information et de consultation sans immixtion dans le pouvoir d'appréciation de la nécessité des mesures décidées par l'employeur.

Selon la jurisprudence luxembourgeoise, l'employeur est seul maître de l'organisation de son entreprise.

La Cour supérieure de justice a statué que « le chef d'entreprise décide seul de la politique économique de l'entreprise, de son organisation interne et des modalités techniques de son fonctionnement qu'il peut à tout moment aménager à son gré et que le juge ne saurait à aucun titre se substituer à lui dans l'appréciation de l'opportunité des mesures prises, quelles que soient les conséquences au regard de l'emploi » (CSJ, rôle 24151, *Parc Belair Sàrl / Hasadine Mostefa*).

Dans une autre décision (CSJ, rôle 24926, *Mousel / Crédit Suisse*), la Cour a retenu que « la suppression de postes à la suite de la réorganisation d'un secteur d'une entreprise constitue un motif sérieux de licenciement à condition que la prétendue restructuration alléguée soit réelle, c'est-à-dire qu'elle présente un caractère d'objectivité se traduisant par des manifestations extérieures susceptibles de vérifications ».¹

Les décisions citées furent rendues dans le cadre de recours individuels exercés contre des décisions fondées sur de prétendus motifs économiques.

La loi ne prévoit actuellement aucune procédure particulière distincte des règles applicables au licenciement prononcé pour des motifs inhérents à la personne du salarié, si le nombre de licenciements pour motifs économiques est inférieur aux seuils figurant à l'article L. 166-1. L'intervention des représentants du personnel ou du comité mixte n'est pas prévue dans ce contexte.

Selon l'article L. 124-11, paragraphe 1^{er} du Code du travail, un licenciement est notamment abusif s'il n'est pas fondé sur « des motifs précis et sérieux liés à l'aptitude ou à la conduite du salarié » ou « sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service ».

Le libellé de cet article autorise dès lors parfaitement les juges à apprécier si les motifs économiques individuels ou collectifs allégués sont réellement fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service.

Par contre, l'employeur peut se limiter à documenter de manière crédible que le licenciement est justifié pour garantir un meilleur fonctionnement d'un service au sein de l'entreprise.

Selon l'article L. 124-11, paragraphe 3, « la charge de la preuve de la matérialité et du caractère réel et sérieux des motifs incombe à l'employeur ». Selon l'article L. 124-11, paragraphe 1^{er}, alinéa 2, le

¹ Dans ce contexte, il y a lieu de se reporter à une analyse de la jurisprudence publiée sur le site de la Chambre des salariés sous le titre « Aperçu de la jurisprudence sur le licenciement économique »; mise à jour octobre 2012.

licenciement est encore abusif s'il est contraire à d'éventuels critères d'intérêts généraux décidés par le comité mixte d'entreprise en cas de licenciement concernant la sélection personnelle (article L. 423-1, point 3). Cette dernière disposition paraît toutefois être rarement appliquée dans la mesure où les comités mixtes ne semblent pas avoir jugé opportun de faire fruit de ce pouvoir de décision avant même qu'une situation économique difficile se soit manifestée.

Le pouvoir de décision du comité mixte est circonscrit aux critères de sélection. Il ne s'étend pas, selon la loi, telle qu'elle est interprétée par les tribunaux, à l'appréciation de l'opportunité des licenciements, respectivement du nombre de licenciements.

Finalement, il y a lieu de rappeler qu'un licenciement collectif qui aurait été opéré en violation des dispositions du Code du travail est susceptible de constituer le délit d'entrave régi par les articles L. 417-4 en ce qui concerne les délégués du personnel et L. 427-3 en ce qui concerne les comités mixtes.

En France, le licenciement économique est défini par l'article L. 1233-3 du Code du travail. Le cadre légal actuel fut institué par la loi n° 2002-73 de modernisation sociale du 17 janvier 2002 qui a réformé le régime du licenciement pour motif économique en vue de prévenir la survenance de tels licenciements dans des entreprises économiquement solides. Cette loi a renforcé l'intervention de l'Etat et des représentants du personnel. Le « plan social » obligatoire fut remplacé par un « plan de sauvegarde de l'emploi ». Dans le cadre de la réforme ayant abouti à la loi du 17 janvier 2002, le législateur souhaitait s'engager vers une définition plus restrictive du licenciement pour motif économique en introduisant des limitations aux causes justificatives prévues par la loi et en exigeant notamment la preuve que les difficultés économiques n'auraient pu être surmontées par d'autres moyens que le licenciement.

Par décision du 12 janvier 2002 (n° 2001-455DC), le Conseil constitutionnel a censuré cette nouvelle définition du motif économique en invoquant « une atteinte manifestement excessive au regard de l'objectif poursuivi du maintien de l'emploi » à la liberté d'entreprendre. Dès lors, la législation et la jurisprudence françaises retiennent trois éléments essentiels pour être en présence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement pour motif économique: un élément matériel, à savoir la suppression de l'emploi ou la transformation de l'emploi ou la modification du contrat de travail qui doit être consécutif à un élément causal (des difficultés économiques ou mutations technologiques) et une impossibilité de reclasser le salarié à l'intérieur même de l'entreprise ou du groupe auquel appartient l'entreprise (article L. 1233-4 du Code du travail français).

En Allemagne, la loi sur la protection contre le licenciement (*Kündigungsschutzgesetz*) ne s'applique qu'aux établissements qui emploient plus de dix salariés. En dehors de ce champ d'application, l'employeur est libre de prononcer des licenciements. En revanche, dans les établissements plus importants, la loi allemande sur la protection contre le licenciement exige, pour autoriser un licenciement économique, des « exigences urgentes » liées à l'établissement. La jurisprudence approuve une telle « urgence » des exigences lorsqu'il n'est pas possible à l'employeur de répondre à la situation de l'établissement par d'autres

mesures que le licenciement. La jurisprudence distingue entre les motifs qui proviennent de l'établissement – les motifs dits internes – et d'autres qui proviennent de l'extérieur et qui ont des effets sur l'établissement – les motifs externes – (tels que par exemple la perte de clients, le manque de compétitivité). L'employeur qui invoque les motifs externes a la charge de l'allégation et de la preuve. L'invocation d'un motif dit « interne » ne doit pas être justifiée par l'employeur alors qu'une telle décision est protégée par les articles 12 et 14 de la Loi fondamentale (*Grundgesetz*). Une telle décision de l'employeur est soustraite au contrôle du juge, sauf si la partie adverse prouve un abus de droit ou une mesure arbitraire (*offensichtliche Willkür oder Unsachlichkeit*). Un licenciement pour motif économique interne doit impérativement reposer sur des critères sociaux depuis la réforme de la loi sur le licenciement intervenue le 1^{er} janvier 2004. Ces critères sont exclusivement la durée d'appartenance à l'entreprise, l'âge du salarié, d'éventuelles obligations alimentaires et la préexistence d'un handicap grave (paragraphe 1^{er}, alinéa 3 du *KSchG*).

Le droit du travail belge ne connaît pas, en tant que tel, le « motif économique ». Tout congé (qu'il soit de licenciement ou de démission) notifié dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée n'est assorti d'aucune obligation de motivation. Il est dès lors loisible à chaque partie d'y mettre fin sans en justifier la cause. Ce n'est que postérieurement au licenciement que le juge peut être amené à examiner si le congé revêt un caractère abusif. Tel serait le cas si un congé n'était pas fondé sur les « nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service » (loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail, article 63). Il n'existe en droit belge aucune obligation à charge de l'employeur d'appliquer des mesures alternatives à un licenciement pour motif économique. Toutefois, les délais de préavis étant très longs, le coût des licenciements amène souvent les employeurs à envisager des solutions alternatives telle que la mise en œuvre d'un régime de chômage partiel.

*

Le Conseil d'Etat fut saisi le 7 février 2013 d'un projet de loi portant réforme du dialogue social (doc. parl. n° 6545). Ce projet est censé apporter également des réponses aux questions abordées par la proposition de loi sous avis tout en adoptant une approche moins dirigiste, privilégiant un renforcement des compétences des instruments du dialogue social pour répondre aux défis que les mutations économiques posent à notre pays. Par ailleurs, ce projet vise à supprimer le comité mixte tout en renforçant le rôle de la délégation. Dans la mesure où la deuxième partie de la proposition de loi sous avis prévoit également *sub. C*) le renforcement des attributions de la partie salariale du comité mixte devant l'Office de conciliation, il y a lieu de revoir ce volet à la lumière de ce dernier projet de loi avisé par le Conseil d'Etat le 2 juillet 2013.

1^{ère} partie de la proposition de loi visant à modifier la définition des licenciements économiques

La proposition de loi vise à compléter l'article L. 124-11 du Code du travail en restreignant le pouvoir d'appréciation des juridictions par rapport au caractère abusif ou non des licenciements opérés pour des raisons non inhérentes à l'aptitude ou à la conduite du salarié. Serait dès lors automatiquement abusif un licenciement qui aurait été décidé « dans le but

unique ou principal d'améliorer le résultat financier d'une entreprise ou d'un groupe présentant une situation durablement bénéficiaire ». Dans la mesure où il appartient toujours à l'employeur de rapporter la preuve du bien-fondé du licenciement, ce dernier devrait désormais prouver que sa décision ne vise pas principalement à améliorer son résultat financier, ce qui est communément désigné par « licenciement boursier ».

Au cours des années écoulées, l'opinion publique a réagi avec beaucoup d'incompréhension voire de consternation en constatant que des sociétés cotées en bourse ayant annoncé publiquement des plans de réduction du personnel se voyaient gratifiées par une remontée corrélative de leur valeur en bourse. L'idée à la base de cette disposition de la proposition de loi est dès lors compréhensible. La mesure préconisée ne se heurterait pas non plus à la liberté du commerce et de l'industrie garantie par la Constitution (article 11(6)), dans la mesure où la protection des travailleurs invoquée à tort ou à raison par l'auteur de la proposition de loi (article 11(5)) occupe un rang identique parmi les libertés publiques et les droits fondamentaux.

Le Conseil d'Etat estime toutefois que le remède proposé est totalement irréaliste et difficile à mettre en œuvre. Un grand nombre des employeurs luxembourgeois dépendent de groupes internationaux exerçant leurs activités au niveau européen ou mondial et œuvrant dans un contexte concurrentiel tout aussi vaste. Les juges luxembourgeois seraient dès lors tenus de vérifier le bien-fondé des décisions managériales à ce niveau. La décision de faire figurer la réduction du personnel parmi les moyens mis en œuvre pour assurer une meilleure rentabilité de l'entreprise serait-elle désormais contrôlée par le juge du travail? Pareille immixtion dans le pouvoir de décision du chef d'entreprise impliquerait un changement radical de régime économique, à supposer que le législateur déciderait de conférer aux juges les moyens d'investigation et de contrôle extraordinaires nécessaires pour exécuter la mission ainsi dévolue. Comment distinguer notamment un changement temporaire de la situation économique d'une entreprise d'un déclin durable? En l'absence de moyens, les nouvelles dispositions resteraient lettre morte et n'apporteraient au mieux pas d'amélioration par rapport à la situation actuelle.

Si la définition proposée à l'alinéa 2 nouveau de l'article L. 124-11 du Code du travail était retenue, un groupe d'entreprises actif sur le plan mondial générant des bénéfices ou non durablement déficitaire commettrait un abus s'il décidait de licencier au Luxembourg un salarié pour un motif non lié à l'aptitude ou à la conduite du salarié. Tel serait notamment le cas si l'entreprise ou le groupe d'entreprise envisageait la cessation ou la réduction d'une activité déficitaire au Luxembourg, à supposer que, sur le plan européen ou mondial, le résultat ne serait pas durablement déficitaire.

Une mesure telle que celle préconisée par l'auteur de la proposition de loi ne serait certainement pas de nature à encourager les décideurs envisageant d'investir au pays ou d'y transférer une partie de leurs activités économiques.

Le libellé de l'article L. 124-11 du Code du travail autorise déjà le juge à exercer un contrôle approfondi quant à la réalité des prétendues « nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du

service ». Un ajustement de la jurisprudence actuelle est parfaitement possible dans le cadre légal en vigueur.

2^{ème} partie de la proposition de loi visant à créer de nouveaux droits pour les salariés et leurs syndicats

A. Les modifications proposées aux dispositions légales traitant des licenciements collectifs et des plans sociaux

La deuxième partie de la proposition de loi vise à intégrer la définition restrictive des licenciements économiques figurant aux dispositions dans la première partie du Code du travail régissant les licenciements collectifs.

A partir du moment où le législateur décidait d'adopter la nouvelle définition à l'endroit de l'article L. 124-11, l'application des mêmes critères aux licenciements économiques collectifs serait logique. L'auteur de la proposition souhaite dès lors ajouter au paragraphe 2 de l'article L. 166-2 une phrase excluant le recours à des licenciements collectifs économiques dès lors que l'entreprise ou le groupe d'entreprises qui envisage cette mesure est bénéficiaire. En clair: une entreprise telle qu'une banque ne pourrait décider de fermer une filiale luxembourgeoise et de licencier son personnel sur base de considérations économiques si, sur le plan mondial, elle n'était pas durablement déficitaire.

La proposition entend inclure une négociation obligatoire sur la réduction des bénéfices, des tantièmes, des dividendes ou autres revenus du capital dans le domaine des négociations. Cette précision paraît superflue dans le cadre de la proposition de loi dans la mesure où, selon la définition restrictive du licenciement économique figurant à l'article L. 166-1, tel que modifié par la proposition de loi, auquel il est renvoyé, le licenciement économique ne serait autorisé pour des motifs non inhérents à la personne du travailleur que dans une entreprise qui ne génère aucun bénéfice.

Sub partie 2 A) b), l'auteur entend ajouter un nouveau paragraphe 4 à l'article L. 166-2 du Code du travail, aux termes duquel – et en substance – un licenciement économique ne peut intervenir que si le salarié ne peut pas être reclassé dans un emploi équivalent au sein de l'entreprise ou du groupe d'entreprise auquel appartient l'entreprise. L'employeur se verrait dès lors imposer une obligation de reclasser le salarié. Même dans cette dernière hypothèse – c'est-à-dire le cas de figure où une offre de reclassement équivalente serait soumise –, le refus de l'offre de reclassement ne devrait pas être considéré comme motif légitime de licenciement du salarié.

A supposer que l'offre de reclassement soit réellement équivalente, le Conseil d'Etat ne conçoit pas pour quelle raison le licenciement opéré suite au refus d'accepter une telle offre puisse néanmoins être considéré comme ne justifiant pas un licenciement. Il rappelle aussi que le libellé actuel de l'article L. 166-2 impose des négociations obligatoires « en premier lieu sur les possibilités d'éviter et de réduire le nombre de licenciements collectifs ».

Aux termes du paragraphe 4 actuel de l'article L. 166-2 du Code du travail, les travailleurs et leurs représentants peuvent faire appel à des experts en matière juridique, fiscale, sociale, économique et comptable dans le cadre des négociations d'un plan social. Selon le vœu de l'auteur de la

proposition de loi, ces experts devraient dorénavant avoir accès « à tous les documents comptables et bancaires de l'entreprise concernée » « sans limitation et sans que le secret bancaire, fiscal ou d'entreprise puisse leur être opposé ».

Le Conseil d'Etat rappelle que la loi du 9 mai 2008 a transposé en droit national la directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne. Cette réforme impose notamment au chef d'entreprise de communiquer des données sur la situation économique et l'évolution de l'emploi (cf. article L. 414-4, paragraphe 4). Il doit informer et consulter la délégation du personnel sur les décisions dans ce domaine.

L'auteur de la proposition de loi ne précise pas en quoi ces nouvelles dispositions n'auraient pas donné, du moins partiellement, satisfaction en rapport avec le souci légitime des salariés et de leurs représentants d'être associés aux décisions en matière de licenciements collectifs.

Le Conseil d'Etat renvoie également dans ce contexte aux dispositions de l'article L. 415-2 qui prévoit une obligation d'information contraignante à charge des chefs d'entreprise. Ces dispositions n'ont apparemment pas encore fait leur preuve. La proposition du nouveau libellé de l'article L. 166-2(4) est en contradiction avec les dispositions de l'article L. 415-2. Le Conseil d'Etat doit dès lors s'y opposer formellement. Le Conseil d'Etat doit s'opposer également formellement à une disposition légale qui renvoie à une « loi spéciale » ultérieure pour décider du fonctionnement et du financement des frais d'expert à engager par les représentants des travailleurs. Une loi doit se satisfaire à elle-même et ne saurait se contenter de renvoyer à une hypothétique loi ultérieure pour devenir exécutoire.

Le Conseil d'Etat se doit de rappeler que le projet de loi n° 6545 portant réforme du dialogue social à l'intérieur des entreprises vise à renforcer les attributions de la délégation du personnel et met l'accent sur le dialogue, le consensus et la médiation.

Selon la proposition de loi, le délai actuel de quinze jours endéans lequel le résultat des négociations doit être consigné dans une convention serait prolongé à trois mois avec possibilité de prorogation pour une nouvelle période de trois mois. Cette disposition paraît incompatible avec l'urgence nécessairement à la base de toute initiative en vue d'un licenciement collectif. S'ajoute à cette considération que des négociations qui s'étendraient sur plusieurs mois ne seraient guère non plus dans l'intérêt des salariés qui seraient maintenus dans une situation d'incertitude sur une longue période.

La proposition vise encore à modifier le paragraphe 8 (l'actuel paragraphe 8) afin d'interdire non seulement le licenciement pendant la période précédant la fin de phase de négociation mais également tout changement d'une condition essentielle d'un contrat de travail refusé par le salarié. Si le Conseil d'Etat peut être en faveur d'une telle modification, il ne saisit toutefois pas le sens de l'ajout suggéré à l'endroit du même paragraphe et visant à déclarer également nul tout licenciement économique intervenant après la date du procès-verbal de l'Office national de

conciliation « en cas d'échec des négociations en l'absence de négociations réelles et effectives sur tous les points obligatoires ».

Des négociations qui ne seraient ni réelles ni effectives ne pourraient être considérées comme « négociations ». On se trouverait dès lors dans un cas de figure où la procédure prévue aux paragraphes 1^{er} et 2 de l'article L. 166-2, qui impose des « négociations », n'aurait pas été respectée, hypothèse qui constituerait une cause de nullité de la procédure. Cette nullité serait constatée, le cas échéant, par le tribunal saisi en application de l'article L. 166-2, paragraphe 8 dans sa version actuelle (article L. 166-2, paragraphe 9 dans la version de la proposition de loi).

B. Les modifications proposées aux dispositions légales traitant des plans de maintien dans l'emploi

La proposition de loi vise à modifier de fond en comble la législation introduite par la loi du 22 décembre 2006 et traitant des mesures préventives aux licenciements collectifs. L'auteur de la proposition de loi estime que les mesures adoptées à l'époque constituent un échec. Il est indéniable que les entreprises rechignent à signaler les licenciements économiques en nombre inférieur aux seuils déclenchant la législation sur les licenciements collectifs au comité de conjoncture, et ce malgré l'obligation légale. Les raisons à l'origine de cette situation peuvent être multiples: crainte d'une publicité négative, crainte d'une immixtion administrative dans la gestion de l'entreprise, méconnaissance des dispositions légales.

A l'instar des autres dispositions de la proposition de loi, les remèdes préconisés par la proposition de loi peuvent paraître exorbitants. Toute notification d'un licenciement pour motif non inhérent à la personne du salarié, prononcé sans en avoir informé préalablement le comité de conjoncture, serait « nulle et de nul effet ». La proposition de loi prévoit d'instaurer une procédure en référé extraordinaire identique à celle en vigueur à l'endroit de l'article L. 166-2(8) actuel dans le cadre des licenciements collectifs.

Le Conseil d'Etat n'est pas convaincu que le recours systématique à la sanction de nullité en cas de violation d'une formalité soit de nature à améliorer la protection des salariés. Le comité de conjoncture n'est guère outillé pour intervenir efficacement dans le contexte de licenciements individuels opérés notamment par des entreprises occupant à peine plus de quinze salariés (limite prévue à l'article L. 511-27(1)). Or, dans la mesure où l'intervention du comité de conjoncture n'aurait qu'un intérêt statistique, la sanction préconisée paraît excessive. Si le licenciement était jugé abusif quant au fond, il appartient toujours au tribunal du travail d'accorder au salarié des dommages et intérêts appropriés.

Le Conseil d'Etat privilégierait une approche plus incitative comportant notamment la possibilité de refuser des subventions aux entreprises qui ne respectent pas l'obligation légale de notification préalable au comité de conjoncture.

C. Les modifications proposées à la législation régissant les comités mixtes

Le Conseil d'Etat note que le projet de loi n° 6545 portant réforme du dialogue social prévoit l'abrogation des comités mixtes. Il se dispense dès lors de l'analyse de ce volet.

3^{ème} partie: modification de l'article L. 124-12 relatif aux dommages et intérêts pour licenciement abusif

La proposition de loi vise d'abord à préciser les conditions de la réintégration du salarié. Le libellé proposé tente à éviter qu'une proposition de réintégration ne soit acceptée par l'employeur dans le seul but d'éviter la condamnation, sans volonté réelle d'assurer au salarié une réintégration dans la position initialement occupée. Le Conseil d'Etat admet l'utilité de ces précisions.

La proposition de loi vise encore à compléter l'article L. 124-12 du Code du travail en disposant qu'en cas de licenciement déclaré abusif par le tribunal une indemnité pour préjudice moral, qui ne pourrait être inférieure à un mois de salaire par année d'ancienneté, serait due. Cette indemnité minimale viendrait s'ajouter aux dommages et intérêts pour préjudice matériel, variable en fonction du préjudice réel établi.

L'auteur motive cette proposition par l'affirmation que les indemnités allouées par les juridictions du travail seraient « ridiculement basses ». S'il est exact que les montants alloués par les tribunaux au titre d'un dommage moral pour licenciement abusif sont souvent symboliques, cette tendance n'est pas limitée à l'appréciation des dommages moraux par les seules juridictions du travail. Il est toujours difficile de chiffrer le dommage moral. La notion même n'est pas juridiquement définie. Le préjudice moral, en cas de licenciement abusif, est constitué par l'atteinte à l'honneur. Une discussion sans fin est menée en doctrine quant à l'idée de réparation d'un préjudice impossible d'apprécier en argent.

« Même les tenants d'une réparation du préjudice moral doivent convenir que chiffrer le dommage moral est une tâche quasi impossible pour le juge. Celui-ci tentera de personnaliser la réparation du préjudice en se basant sur certains critères. Cependant, évaluation *in concreto* oblige, il devra veiller à ne pas standardiser les montants alloués, ni tomber dans l'arbitraire le plus absolu dans leur fixation.

Les tribunaux ont en conséquence tendance à réparer le préjudice moral subi par l'allocation de sommes, sinon symboliques, du moins « rondes »². »

Le Conseil d'Etat estime qu'il est toujours délicat de fixer un montant forfaitaire dans la loi. Une disposition comparable existe toutefois déjà dans l'article 14 de la loi modifiée du 21 septembre 2006 sur le bail à usage d'habitation³.

² Georges Ravarani, La responsabilité civile des personnes privées et publiques, édition 2006, n° 1045.

³ Article 14, alinéa 3: « Si le tribunal constate que le motif invoqué pour empêcher la prorogation légale était dolosif, le locataire a droit à des dommages et intérêts qui ne peuvent être inférieurs au montant des loyers d'une année. »

A supposer que le salarié n'ait pas subi de préjudice – l'hypothèse où le salarié aurait retrouvé de suite un nouvel emploi éventuellement même mieux rémunéré –, le montant forfaitaire minimal présenterait exclusivement le caractère d'une sorte de peine civile.

Dans la mesure où l'allocation de dommages et intérêts forfaitaires minimaux est difficilement conciliable avec le principe fondamental d'une indemnisation du préjudice réellement subi, le Conseil d'Etat ne peut pas approuver le recours à des dommages forfaitaires.

4^{ème} partie

La proposition de loi vise à réintroduire la cotisation spéciale au profit du Fonds pour l'emploi à charge de l'employeur et ce à hauteur de 1% des salaires. Une telle mesure augmenterait le coût du travail dans la même proportion. Il appartient au législateur d'apprécier si cette réforme est actuellement opportune.

Selon la proposition de loi, le Gouvernement en conseil pourrait aussi décider un remboursement total ou partiel des subventions de toute nature touchées par un employeur en cas de condamnation pour licenciement abusif. Cette sanction pourrait également frapper les « commerçants et les dirigeants commerciaux » condamnés pour banqueroute.

Cette disposition laisse au Gouvernement en conseil le soin de décider selon son bon vouloir non seulement de l'application d'une telle mesure (« ... peut décider le remboursement ... »), mais aussi de la sévérité selon laquelle la mesure sera appliquée (« ... le remboursement, total ou partiel, des subventions... »).

Partant, le Conseil d'Etat s'oppose formellement à ladite disposition qui est contraire au principe de la légalité des peines et des incriminations tel que découlant de l'article 14 de la Constitution.

A ce sujet, le Conseil d'Etat renvoie aux arrêts de la Cour constitutionnelle n^{os} 23/04 et 24/04 du 3 décembre 2004 dans laquelle elle rappelle « que le principe de la légalité de la peine entraîne la nécessité de définir les infractions en termes suffisamment clairs et de préciser le degré de répression pour en exclure l'arbitraire et permettre aux intéressés de mesurer exactement la portée de ces dispositions; que le principe de la spécification est le corollaire de celui de la légalité de la peine consacrée par l'article 14 de la Constitution ».

Ainsi délibéré en séance plénière, le 12 juillet 2013.

Le Secrétaire général,

s. Marc Beschen

Le Président,

s. Victor Gillen