SEMINAIRE
POLITIQUES DE L'EMPLOI
INTERACTIONS DE L'ECONOMIQUE ET DU JURIDIQUE

SYNTHÈSE
DES INTERVENTIONS ET DÉBATS
SEANCE DU 11 MARS 2016

Les conditions du licenciement sont-elles un obstacle à une bonne conciliation de la nécessaire protection du salarié avec les besoins de l'efficacité économique ?

Intervenants :

- **Yves Barou,** Président de l'Afpa (Association nationale pour la formation professionnelle des adultes)
- **Grégoire Loiseau,** Directeur de l'École de droit de la Sorbonne, Professeur à l'Université Paris I, Consultant pour Flichy Grangé Avocats
- **Corinne Prost,** Adjointe à la Directrice de la Dares, Chercheure affiliée au Crest (Centre de recherche en économie et statistique), Enseignante à l'Ensae-ParisTech

Liberté • Égalité • Fraternité
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
MINISTÈRE DES FINANCES ET DES COMPTES PUBLICS
MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE, DE L'INDUSTRIE ET DU NUMÉRIQUE

Qu'il soit pour motif personnel ou pour motif économique, le licenciement doit suivre une procédure strictement encadrée (entretien individuel, délais à respecter, consultation des représentants du personnel dans le cas des licenciements collectifs…) et doit être motivé par une cause réelle et sérieuse. En cas de contentieux, le juge contrôle le respect de la procédure et le caractère réel et sérieux de la cause du licenciement.

L'objectif de la réglementation en matière de licenciement est de protéger l'emploi mais aussi les salariés contre un licenciement arbitraire, interdit (discrimination…) ou portant atteinte à un droit fondamental des salariés (droit syndical ou droit de grève).

Les comparaisons internationales, basées notamment sur les indicateurs de l'OCDE ou de la Banque mondiale, insistent sur le caractère protecteur du licenciement en France. Or, les études économiques tendent à montrer des effets négatifs d'une trop forte protection de l'emploi sur le fonctionnement du marché du travail.

1. Grégoire Loiseau a ouvert le séminaire en présentant le cadre juridique de la rupture du contrat de travail en France

Alors que le droit du licenciement pour motif personnel est particulièrement stable depuis sa conception, le droit du licenciement pour motif économique a été marqué par de nombreuses évolutions soulignant la difficulté d'adapter le droit pour conjuguer l'efficacité économique et la protection des salariés. Parallèlement, se sont développés des modes alternatifs de rupture faisant appel à un accord de volonté de l'employeur et du salarié, soit sous la forme de ruptures conventionnelles, soit dans le cadre de plans de départs volontaires.

L'évitement du licenciement par des ruptures d'un commun accord permet de concilier efficacité économique et protection des salariés.

Le succès de la rupture conventionnelle et la mise en œuvre par les entreprises de plans de départs volontaires mixtes, qui n'envisagent des licenciements que si les départs volontaires sont insuffisants pour atteindre le nombre de suppression de postes, soulignent l'attrait pour les entreprises d'une gestion plus souple des ruptures, leur donnant les moyens de l'efficacité économique tout en préservant les intérêts des salariés.

La flexibilité est à la fois d'ordre procédural et organisationnel :

- Les règles d'organisation de la rupture conventionnelle sont moins contraignantes que celles du licenciement.
- Dans le cadre d'un plan de départs volontaires, l'employeur peut être dispensé d'élaborer un plan de reclassement interne s'il s'engage à ne procéder à aucun licenciement.

Les modes conventionnels de rupture ne nécessitent pas de cause ce qui concourre à leur sécurité juridique et réduit le risque contentieux. La rupture conventionnelle est valable indépendamment de sa cause, qu'il s'agisse d'un motif personnel ou d'un motif économique. Il n'y a pas de contrôle de la cause, sauf en cas de fraude ou de vice du consentement. En outre, le court délai d'un an pour la contester contribue à sa consolidation. De même, les accords individuels de rupture signés entre l'employeur et les salariés dans le cadre d'un plan de départ volontaire sont en principe à l'abri d'une contestation sur le terrain de la cause.

A cet avantage de la sécurisation s'ajoute celui de la prévisibilité du coût économique de la rupture qui bénéficie aussi au salarié : en cas de rupture conventionnelle ou dans le cadre de départs volontaires, les indemnités de rupture sont souvent supérieures aux indemnités de licenciement. Dans le second cas, elles s'accompagnent de mesures d'accompagnement, voire du maintien de tout ou partie de la rémunération jusqu'à ce que le salarié soit éligible à une retraite à taux plein.

Le droit du licenciement, historiquement élaboré dans une perspective de protection des salariés, évolue dans le sens d'une plus grande efficacité économique.

La cause économique du licenciement est soumise à l'insécurité juridique s'agissant en particulier des difficultés économiques et de la sauvegarde de la compétitivité bien que consacrée par la jurisprudence : l'employeur ne dispose pas de critères sûrs pour s'assurer de sa constitution, ce qui le fait dépendre de l'appréciation du juge en cas de contentieux.

L'avant-projet de loi El Khomri, qui s'inspire de la réforme espagnole de 2012, **envisage de faire reposer la cause économique sur des critères objectifs, baisse des commandes ou du chiffre d'affaires, pertes d'exploitation dont l'appréciation de la durée serait renvoyée à un accord de branche dans l'intérêt des salariés.** A défaut d'accord, la loi fixe des minima. Cette proposition permettrait à l'employeur de s'appuyer sur un motif sécurisé puisqu'objectivement déterminé.

Par ailleurs, la loi Macron du 6 août 2015 prévoit qu'en cas de refus par un ou des salariés de décisions prises en application d'un accord de maintien de l'emploi, leur licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse. Cette règle est reprise dans l'avant-projet de loi El Khomri en cas de refus du salarié de la modification de son contrat de travail résultant de l'application d'un accord d'entreprise conclu en vue de la préservation ou du développement de l'emploi.

Les lois récentes, et spécialement celle du 14 juin 2013, se sont appliquées à réduire les coûts procéduraux en matière de licenciement économique collectif : réduction des délais et mise en place d'une instance de coordination des CHSCT lorsque le projet de restructuration concerne plusieurs établissements. De même, la loi Macron fait désormais porter sur les salariés et non plus sur les employeurs, l'initiative d'une demande de reclassement à l'étranger. Elle permet aussi d'appliquer les critères d'ordre, pour déterminer les salariés exposés à un licenciement, non pas au niveau de l'ensemble de l'entreprise mais à l'échelle de l'établissement faisant l'objet de la restructuration.

Du point de vue de la réduction des coûts contentieux, la loi du 14 juin 2013 a réduit les délais dans les grands licenciements économiques : deux mois pour contester la régularité de la procédure ou la décision de l'autorité administrative autorisant les licenciements, 12 mois pour contester la mesure individuelle de licenciement, 2 ans s'agissant d'un licenciement pour motif personnel.

Enfin, sera établi un barème indicatif des indemnités en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse en fonction de l'ancienneté du salarié dont l'esprit est d'uniformiser les pratiques judiciaires qui aboutissent, dans des situations comparables, à des variations importantes du montant des dommages et intérêts d'un conseil des prud'hommes à l'autre.

2. Corinne Prost a ensuite débattu des liens économiques entre la protection de l'emploi et le fonctionnement du marché du travail

D'un point de vue économique, **le licenciement représente un coût monétaire** (indemnités légales, conventionnelles ou, moins fréquemment, indemnités supra-légales, dommages et intérêts et frais en cas de contentieux, délais et coûts de procédure) **et non monétaire** (effets de réputation, « psychologique »). Ces coûts peuvent être fixes (procédure), variables (indemnités en fonction de l'ancienneté) ou incertains (dommages et intérêt). Ces coûts ne sont, pour la plupart, pas directement mesurés. Certains éléments donnent des indications sur le coût du contentieux devant les prud'hommes : le taux de recours se situe entre 20% et 30%. Environ 60% des demandes passent en jugement, avec un taux de victoire des salariés de 75% en moyenne et des délais de procédure de 15 mois en moyenne.

Les coûts de licenciement peuvent être partiellement intégrés dans le processus de fixation des salaires. Ils freinent le licenciement s'ils sont élevés mais également l'embauche car les entreprises anticipent le coût de la rupture. **Les études empiriques suggèrent qu'une protection de l'emploi élevée réduit les flux d'embauche et de licenciement, augmente la durée du chômage et accentue la dualisation du marché du travail** car elle exerce un effet négatif sur l'emploi des jeunes, des immigrés et des chômeurs de longue durée.

En revanche, la théorie économique est ambigüe sur les effets sur l'emploi et le chômage. Si les entreprises sont incitées à conserver leur main d'œuvre, cela peut les inciter à la former davantage mais cela peut réduire leur capacité d'adaptation aux évolutions du marché. Au total, l'effet sur la productivité est ambigu.

Il n'existe pas de statistiques recensant le nombre de licenciements mais, selon les déclarations annuelles de mouvement de main d'œuvre, **les licenciements représentent une part modeste des fins de CDI** (1,9% des effectifs pour le motif personnel et 0,5% pour le motif économique) au regard des démissions (4,5%), des ruptures conventionnelles (1,5%) et des fins de période d'essai (1,3%). A la fin des années 90, on observe une substitution des licenciements pour motif personnel aux licenciements économiques en partie en raison d'un durcissement des conditions par la jurisprudence (arrêt Samaritaine, 1997). A partir de 2009, la rupture conventionnelle s'est probablement substituée au licenciement économique qui a fortement reculé sur cette période.

D'autres pays européens ont mené des réformes portant sur le licenciement. En Italie, la réintégration automatique du salarié en cas de licenciement abusif a été partiellement remplacée par le versement d'indemnités. Pour le contrat « à protection croissante » introduit en 2014, le juge s'appuie sur un barème en fonction de l'ancienneté du salarié pour estimer le montant des indemnités à verser en cas de licenciement abusif. L'Espagne a introduit en 2003 une procédure se rapprochant de la rupture conventionnelle (despido exprès). Les dommages et intérêts en cas de licenciement abusif ont été plafonnés à 33 jours par année travaillée. Un nouveau contrat de travail réservé aux entreprises de moins de 50 salariés a été créé : il bénéficie d'une période d'essai allant jusqu'à un an mais ne peut être signé que si le taux de chômage est supérieur à 15%. Enfin, des critères précis basés sur l'évolution du chiffre d'affaires ont pour but d'objectiver les conditions légitimes du licenciement économique.

3. Yves Barou a discuté plusieurs points tirés de son expérience professionnelle

Le licenciement n'est pas un acte anodin et son **impact psychologique est important**, en premier lieu bien sûr pour la personne licenciée, mais également pour celui qui licencie et pour les salariés maintenus au sein de l'entreprise, qui peuvent perdre confiance à l'annonce d'un plan de licenciement. La **Gestion des emplois et des compétences** (Gpec) est un moyen d'anticiper l'évolution des métiers et des emplois, qui permet d'éviter de recourir au licenciement ou d'en modérer les conséquences néfastes.

En France, avant tout **licenciement économique** collectif, **l'employeur doit consulter** les représentants du personnel, délégués du personnel ou comité d'entreprise, sur les raisons et les conditions des licenciements. Mais **cet avis d'ordre « procédural » est rarement suivi de faits,** ce qui constitue un facteur de découragement du dialogue social. **A l'inverse, ailleurs en Europe,** il est le point de départ d'une négociation avec les partenaires sociaux. C'est notamment le cas en Allemagne (avec le betriebsrat) ou aux Pays-Bas.

La solution réside dans le renforcement du dialogue social, notamment d'entreprise. Ce précepte est au cœur du rapport de Jean-Denis Combrexelle qui a inspiré l'avant-projet de loi El Khomri. Le dialogue social ne peut pas exister uniquement au niveau interprofessionnel ou des branches professionnelles : le niveau de l'entreprise au plus proche du terrain est le plus efficace pour trouver des compromis adaptés à la situation de l'entreprise.

Au-delà de la complexité ou de la rigidité des règles juridiques et de l'anticipation du coût de la rupture, l'acte de recrutement est conditionné, d'une part par le carnet de commandes de l'entreprise, d'autre part par l'offre de travail de salariés qualifiés. Si l'employeur ne trouve pas de main d'œuvre formée adéquate, il devra alors sous-traiter avec un risque de filialisation à l'étranger.

En France, la rigidité des salaires et du temps de travail est plus forte que celle qui pèse sur **l'emploi qui constitue ainsi la variable d'ajustement en cas de choc** économique. Ce modèle favorise les insiders au détriment des outsiders. A l'inverse, le système allemand permet de moduler les salaires et le temps de travail (notamment via l'activité partielle).

4. Débats et échanges avec la salle.

L'Allemagne se caractérise par un niveau élevé de protection de l'emploi et a fait le choix stratégique d'ajuster le niveau des salaires et la durée du travail pour éviter de nombreux licenciements. Elle a parallèlement fourni des efforts particuliers sur la formation des salariés. Elle a ainsi amorti une baisse du PIB de 6% pendant la crise.

Du point de vue du salarié, **l'analyse économique des coûts du licenciement** montre une perte en termes de bien-être qui perdure lors du retour à l'emploi. Mais la protection de l'emploi augmente aussi la durée au chômage et détériore ainsi le bien-être du salarié.

La protection de l'emploi permet d'amortir les chocs liés à la conjoncture en limitant les destructions d'emplois. Cependant, ses effets sur les embauches en cas de reprise sont moins évidents. Son effet global est donc ambigu.

L'insécurité juridique liée au licenciement d'un salarié pourrait être réduite en améliorant la procédure de traitement des litiges par **l'échevinage** (un juge professionnel présiderait le bureau de jugement). Avec le Mexique, la France est d'ailleurs le seul pays de l'OCDE à ne pas avoir introduit de magistrats professionnels au sein des conseils de prud'hommes.

Les **transactions**, qui permettent de régler un litige relatif à la rupture du contrat de travail, se sont raréfiées avec l'introduction de la rupture conventionnelle auxquelles elle s'est certainement substituée. Cette dernière a l'avantage d'être organisée légalement autour, notamment, d'une indemnité légale ou conventionnelle qui garantit les droits du salarié. Des « ruptures conventionnelles–transactions » se sont cependant développées. Il s'agit d'une rupture conventionnelle, assortie d'une transaction sur les causes de la rupture, qui vise à éteindre définitivement les risques de contentieux.

Prochaine séance le 14 juin 2016 sur le thème :

« Nouvelles technologies, nouvelles formes d'emploi : quels impacts sur le droit du travail et la protection des travailleurs ? »

Pour toute information complémentaire, consultez le site Internet de la DG Trésor :
http://www.tresor.economie.gouv.fr/Seminaire-Politiques-de-lemploi
ou envoyez un mél à Seminaire.Emploi@dgtresor.gouv.fr