

Connaissance de l'emploi

Le 4 pages du CEE, septembre 2010, numéro

72 *cee*
CENTRE D'ÉTUDES DE L'EMPLOI

LE LICENCIEMENT POUR MOTIF ÉCONOMIQUE EST-IL JURIDIQUEMENT RISQUÉ EN FRANCE ?

Bernard Gomel,
Dominique Méda,
CEE

Évelyne Serverin,
Irerp

Les difficultés réelles ou supposées des entreprises françaises à licencier ont nourri nombre de réformes du droit du travail. L'idée selon laquelle les obstacles juridiques aux licenciements économiques et les risques judiciaires auxquels les employeurs s'exposeraient seraient trop importants a pu permettre de justifier des projets d'assouplissement des modalités et des formes de rupture des contrats de travail.

Un ouvrage pluridisciplinaire, *L'emploi en ruptures*, dont ce numéro présente quelques résultats*, permet d'éclairer ces questions. Il montre, entre autres choses, que le juge n'a pas le pouvoir de se substituer à l'employeur et que le contentieux relatif aux licenciements diminue régulièrement depuis vingt ans.

Depuis plusieurs années, les pouvoirs publics français mettent en œuvre une série de réformes concernant la rupture du contrat de travail : celles-ci visent à alléger l'encadrement du licenciement pour les salariés embauchés en contrat à durée indéterminée (CDI). L'objectif affiché est, comme avec le contrat « nouvelles embauches » (CNE) de 2005 et la proposition – non suivie d'effet – du contrat « première embauche » (CPE) de 2006, d'aider les employeurs à surmonter leurs réticences à recruter en CDI.

Plus récemment, la création, par la loi de « modernisation du marché du travail » de juin 2008, d'un troisième type de rupture du contrat – ne relevant ni de la démission ni du licenciement –, la « rupture conventionnelle », ou encore l'introduction du « CDD à objet défini » et du « contrat de portage » vont dans le même sens.

Ces réformes ont été précédées de débats nourris au cours desquels les difficultés des employeurs à rompre les CDI étaient avancées. Ainsi, selon les termes du rapporteur à l'Assemblée nationale chargé de présenter les raisons d'instaurer le CNE : « La complexité des démarches, le poids

* Texte rédigé fin 2009.

des charges, mais aussi la crainte d'avoir à justifier éventuellement devant un juge du motif d'un licenciement – donc d'avoir à dévoiler devant des tiers la vie de son entreprise – apparaissent constituer les principaux freins à l'embauche en contrat à durée indéterminée dans les très petites entreprises. » (Claude Gaillard, Rapport n° 2 412 du 23 juin 2005)

S'appuyant sur l'idée que les différences entre pays développés en matière de chômage ne s'expliquent pas seulement par la diversité des chocs économiques, mais aussi par les institutions et les règles nationales encadrant le marché du travail (Blanchard, Wolfers, 1999), certains économistes se sont intéressés au lien entre la protection de l'emploi et le niveau de celui-ci. Ils ont estimé que les règles juridiques, et surtout l'intervention du juge dans le processus de séparation de l'employeur et du salarié, étaient inadaptées : « Les juges ne doivent pas se substituer au jugement de l'entreprise dans sa gestion, car ils n'en ont ni la compétence ni en général l'information nécessaire. » (Blanchard, Tirole, 2003) D'autres auteurs (de Virville, 2004) ont, quant à eux, plutôt souligné le rôle de l'explosion du contentieux dans la crainte des employeurs à embaucher : les procédures de contestation entamées seraient pour ces derniers source d'insécurité juridique. Les uns et les autres se sont inspirés des travaux de l'OCDE considérant les règles du droit du travail comme autant d'entraves au processus de « destruction créatrice », vital pour l'économie.

Ainsi l'idée s'est-elle répandue qu'il serait nécessaire de simplifier la procédure de licenciement, notamment en substituant aux règles de droit et à l'intervention d'un juge une taxe qui pourrait jouer le même rôle. S'est également développée l'idée qu'il faudrait désormais passer de la *protection de l'emploi* (corrélée, sinon à un taux de chômage plus élevé, du moins à des durées de chômage plus longues pour certaines catégories de la population : les jeunes, les femmes et les personnes immigrées) à la *protection des personnes*.

Un groupe de travail, réunissant au CEE juristes, économistes et sociologues, s'est donné pour objectif d'étudier de manière pluridisciplinaire l'évolution des formes et des modalités de rupture d'emploi. Un ouvrage est issu de ces travaux : *L'emploi en ruptures*, dont nous présentons ci-après certains résultats. Le juge a-t-il le pouvoir de décider à la place de l'employeur et peut-il interdire à celui-ci de licencier pour améliorer la compétitivité de son entreprise ? Le contentieux relatif aux licenciements a-t-il vraiment pris des proportions importantes ?

● Un système juridique orienté vers le contrôle des conditions de rupture

En France, depuis la fin du XIX^e siècle, le licenciement fait l'objet d'un encadrement juridique destiné à limiter les conséquences, pour le salarié, de l'exercice par l'employeur de son droit de résiliation unilatérale du contrat de travail. Loin d'interdire les licenciements, ces règles en aménagent la mise en œuvre, en offrant au salarié un certain nombre de garanties en termes de délai, d'indemnités et de justification pour éviter de le voir brutalement privé de tout revenu. Le mouvement de protection du salarié licencié a été conforté au niveau supranational par l'Organisation internationale du travail (OIT) (convention n° 158 sur le licenciement, 1982) et l'Union européenne, dans sa charte des droits fondamentaux.

Depuis la loi du 3 janvier 1975, le motif économique est distingué des autres causes de rupture. Le Code du travail précise que « tout licenciement pour motif économique est motivé » et qu'il « est justifié par une cause réelle et sérieuse », comme les autres formes de licenciement. La définition actuelle du motif économique trace le cadre dans lequel le contrôle sera exercé par le juge compétent : « Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques. » (Art. L. 1233-3 du Code du travail)

● Un pouvoir mesuré du juge sur le contrôle des motifs économiques de licenciement

L'exigence d'une cause réelle et sérieuse pour justifier le licenciement économique a concentré les critiques, le risque de voir à cette occasion le juge s'immiscer dans la décision étant particulièrement souligné. Pourtant, ce dernier ne dispose pas d'un tel pouvoir. Par exemple, le droit de contrôle qui lui est alloué ne lui permet pas de discuter le droit de l'employeur de poursuivre ou non son activité. Ainsi, le célèbre arrêt « Brinon » de 1956 a affirmé que le chef d'entreprise est considéré comme seul juge des circonstances qui le déterminent à réduire, reconverter ou cesser son exploitation. Depuis, la Cour de cassation admet toujours que la cessation d'activité dépend du libre choix de gestion de l'employeur, sauf légèreté blâmable.

De même, le principe selon lequel seule la « sauvegarde de la compétitivité », et non son « amélioration », constituerait une cause économique réelle et sérieuse de licenciement ne doit pas être entendu comme interdisant les réorganisations. Un employeur peut légitimement anticiper des difficultés économiques prévisibles et « mettre à profit une situation financière saine pour adapter ses structures à l'évolution de son marché dans les meilleures conditions » (arrêt « Pages jaunes » de 2006 de la Cour de cassation). Intégrer dans la notion de sauvegarde de la compétitivité les conséquences à terme sur l'emploi de la menace alléguée, « ce n'est pas se prononcer sur la légitimité du choix de gestion de l'employeur et de la réorganisation, c'est seulement apprécier le sérieux des menaces existantes au regard de l'emploi dans l'entreprise » (Morin, 2009). De manière générale, comme l'a indiqué la Cour de cassation en 2000, dès lors que le motif de sauvegarde de compétitivité est établi, il n'appartient pas au juge « de contrôler le choix effectué par l'employeur entre les solutions possibles » (arrêt Sagem - Sat/Silec du 8 décembre 2000).

Cette jurisprudence a été récemment confirmée, la Cour de cassation considérant qu'en matière de licenciement économique consécutif à une réorganisation, le juge « ne peut se substituer à l'employeur quant au choix qu'il effectue dans la mise en œuvre de la réorganisation » (arrêt du 8 juillet 2009). Du reste, le Conseil constitutionnel veille à protéger la liberté de licencier de l'employeur au nom de la liberté d'entreprendre. Il a ainsi rejeté des dispositions de la loi de modernisation sociale de janvier 2002 au motif que, en ne permettant « à l'entreprise de licencier que si sa pérennité est en cause (...), le législateur a porté à la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement excessive au regard de l'objectif poursuivi du maintien de l'emploi ».

● Une très faible contestation judiciaire des licenciements pour motif économique

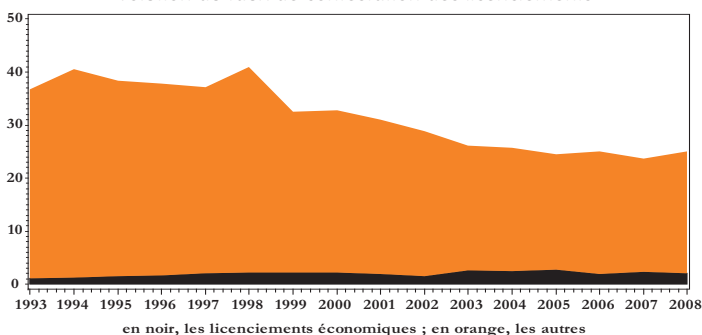
Des propos alarmistes sont régulièrement tenus sur l'explosion du nombre des litiges relatifs aux licenciements, qui serait source d'incertitude pour les entreprises et donc défavorable à l'emploi. Il n'est pas possible de mesurer directement l'impact du risque de judiciarisation (augmentation du recours au juge) sur le comportement des employeurs. On peut, en revanche, vérifier l'ampleur du contentieux en examinant les recours formés contre les licenciements (*cf.* encadré), qui sont recensés dans le répertoire général civil (RGC), source exhaustive de l'activité des tribunaux.

Le premier constat est celui d'une baisse du nombre de contestations des licenciements économiques (individuels et collectifs) devant les conseils de prud'hommes, hors procédures de référé¹. En quinze ans, ce nombre passe de 6 167 en 1993 à 2 866 en 2008, soit une baisse de plus de la moitié, pendant que l'ensemble du contentieux diminue de 12 %, passant de 175 703 affaires en 1993 à 158 578 en 2008. Durant la même période, les demandes en référé baissent de 23 %. Les contestations de licenciements pour motif économique forment une part toujours plus faible du contentieux prud'homal : 1,8 % en 2008 contre 3,5 % en 1993.

Les derniers chiffres produits par la Chancellerie (*Les chiffres-clés de la Justice 2009*) ne démentent pas cette tendance pour l'année 2008. En effet, l'augmentation de 4,8 % constatée pour l'ensemble des affaires de 2007 à 2008 est conjoncturelle : elle est due non à l'augmentation du nombre des contestations de rupture, mais à l'afflux des demandes de salariés de plusieurs secteurs tendant à obtenir leur mise en inactivité anticipée.

Le second constat concerne le taux de recours contre les licenciements, c'est-à-dire le pourcentage des licenciements prononcés qui font l'objet d'un recours devant le tribunal. En rapportant sur longue période (1993-2008) le nombre des litiges à celui des licenciements prononcés, deux tendances très solides se dégagent (*cf.* graphique), qui apportent un démenti à la thèse d'un risque spécifique de contestation du licenciement économique.

Évolution du taux de contestation des licenciements



Globalement, de 1993 à 2008, le taux de recours contre les licenciements baisse sensiblement. Surtout, on relève un taux de recours particulièrement faible contre les licenciements pour motif économique. Bien qu'il progresse effectivement de 1 % en 1993 à 2 % en 2008, ce taux reste néanmoins douze fois plus faible que celui des recours contre les licenciements pour motif personnel (25 % en 2008).

LES MODALITÉS DE RECOURS EN CAS DE LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE

La procédure de licenciement économique peut donner lieu à deux types de litiges, collectif et individuel. Les litiges collectifs opposent le plus souvent, devant le tribunal de grande instance, l'employeur au comité d'entreprise (CE) qui conteste le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) ou de la procédure d'information et de consultation.

Une fois les licenciements réalisés, le recours individuel du salarié est possible devant le conseil de prud'hommes. Il peut notamment porter sur la régularité de la procédure, le motif, les efforts de reclassement, le contenu du PSE, les critères d'ordre, la priorité de réembauchage. La lettre de licenciement peut mentionner que le recours doit être formé dans les douze mois suivant sa notification. Si l'entreprise emploie au moins 11 salariés et si le salarié a au moins deux ans d'ancienneté, l'absence de cause réelle et sérieuse est sanctionnée par le versement d'une indemnité d'au moins six mois de salaire (la réintégration théoriquement possible est rarement proposée par le juge et jamais acceptée par les parties). Sinon (petite entreprise ou faible ancienneté), la juridiction prud'homale fixe elle-même l'indemnité de licenciement abusif due au salarié ; elle est généralement d'un montant plus faible.

Ces taux sont de surcroît surévalués, par construction, en raison de l'absence d'exhaustivité des sources. En effet, si le nombre de contestations du licenciement – le numérateur du taux de recours – est parfaitement connu, en revanche, le nombre de licenciements – le dénominateur du taux de recours – est connu par des sources ne comptabilisant qu'une partie des licenciements prononcés. Ainsi, les demandes d'emploi enregistrées à l'ANPE (aujourd'hui, Pôle emploi) ne permettent de recenser que les licenciements donnant lieu à inscription au chômage. C'est le choix qui a été fait pour représenter, dans le graphique, l'évolution des taux de recours. On n'y retient, comme dans le rapport de Cahuc et Kramarz (2004), que les demandeurs d'emplois immédiatement disponibles et à la recherche d'un CDI à temps plein, ce qui contribue aussi à surestimer le taux de recours.

L'autre source est constituée par les déclarations de mouvement de main-d'œuvre (DMMO) de la Dares qui ne concernent, quant à elles, que les établissements du secteur privé d'au moins 50 salariés. Même si elles sont complétées par sondage auprès d'établissements de 10 à 49 salariés (enquêtes sur les mouvements de main-d'œuvre, EMMO), elles excluent par construction les plus petits établissements².

Les calculs réalisés pour l'année 2006 à l'aide de ces différentes sources (Serverin, Valentin, 2009) conduisent à des estimations qui situent le taux de recours contre les licenciements pour motif économique dans une fourchette allant de 1,86 à 1,12 % (1,86 sur le graphique). Le taux de recours contre les licenciements pour motif personnel se situerait, lui, dans une fourchette située entre 25 et 17 % (25 % sur le graphique).

● Des motifs de licenciement qui se substituent les uns aux autres ?

Certains économistes expliquent le reflux des licenciements économiques – divisés par quatre entre 1993 et 2008 (49 000 par mois en 1993, 12 000 en 2008) – parmi les motifs d'inscription au chômage par le fait que les employeurs, et les salariés, « préféreraient choisir » la formule du licenciement pour motif personnel, dont l'issue serait moins incertaine (Cahuc, Kramarz, 2004). Ce dernier type de

1. Celles-ci concernent principalement les demandes urgentes et incontestables, comme le paiement de salaires.

2. Les EMMO sont depuis 2007 étendues aux établissements de moins de 10 salariés.

licenciement a augmenté de 50 % au cours de la même période, passant de 32 000 par mois en 1993 à 49 000 en 2008.

Quels éléments peuvent étayer l'hypothèse de la substitution ? S'agit-il de la crainte d'un recours judiciaire ? Mais pourquoi les employeurs dissimuleraient-ils sous des motifs personnels des licenciements jugés économiquement nécessaires, alors que le risque contentieux est considérablement plus élevé dans les cas de rupture de contrat pour motif personnel, comme on vient de le voir ?

S'agit-il alors de réduire le coût financier du licenciement ? Certes, l'indemnité de licenciement légale pour motif économique était, jusqu'au décret du 18 juillet 2008, le double de celle due en matière de licenciement pour motif personnel. Mais cette indemnité ne constitue qu'une part du coût de la rupture. On ne dispose en France, pour connaître le montant des autres composantes, que de deux études qui portent sur l'année 1996. L'une (Kramarz, Michaud, 2004) évalue le montant moyen du coût de séparation à environ un an de salaire brut. Mais, d'une part, elle n'estime pas le coût selon le type de licenciement et, d'autre part, elle impute à l'ensemble des entreprises un comportement qui est principalement le fait de celles qui mettent en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE). Or, les PSE, peu nombreux (1 049 en 2008), ne concernent que les licenciements collectifs de plus de 10 personnes réalisés dans des entreprises de plus de 50 salariés. L'autre (Serverin, 2002) porte sur les dommages et intérêts obtenus devant les conseils de prud'hommes, à partir d'un échantillon de 10 000 décisions. Elle montre que les salariés qui ont contesté le motif économique de leur licenciement n'ont obtenu gain de cause que dans 44 % des cas. Ensuite, que les sommes allouées sont très diverses : 62 % de ceux qui ont eu gain de cause ont obtenu moins de neuf mois de Smic. Dans les deux cas, la moyenne est trompeuse parce qu'elle peut laisser penser à toutes les entreprises qu'elles sont confrontées au même risque.

Il est nécessaire de chercher d'autres raisons aux évolutions des motifs de licenciement, à la fois en ce qui concerne l'inversion de la part respective du licenciement pour motif personnel et du licenciement pour motif économique, et la baisse générale du nombre de licenciements tous motifs confondus, jusqu'en 2008. Cette recherche est difficile parce qu'en l'absence de saisine du juge, il est impossible de connaître objectivement les motifs de rupture.

L'analyse des données juridiques et statistiques sur le licenciement économique infirme deux points majeurs du raisonnement sur lequel se sont fondées les réformes récentes du marché du travail. Elle met en effet en évidence le fait que le juge ne décide pas à la place de l'employeur et que le contentieux n'a pas explosé. Par ailleurs, les règles en œuvre sur le marché du travail n'empêchent pas les employeurs d'adapter leurs effectifs à la conjoncture.

Les nombreux licenciements opérés depuis le début de la crise actuelle en sont la preuve : l'emploi s'adapte à la conjoncture et l'usage des motifs de licenciement épouse les évolutions de celle-ci.

Dès lors, faut-il continuer à raisonner à l'intérieur d'un paradigme qui promeut la substitution de la protection des personnes à la protection de l'emploi et laisser s'opérer les destructions d'emplois en assurant simplement à ceux qui ont perdu leur travail des compensations : allocations de chômage plus étendues et plus généreuses, accompagnement plus efficace vers un nouvel emploi ? Encore faudrait-il que les emplois détruits soient effectivement remplacés par d'autres plus créateurs de valeur ajoutée, plus productifs, et même, idéalement, de meilleure qualité.

RÉFÉRENCES

Blanchard O., Tirole J., 2003, *Protection de l'emploi et procédures de licenciements*, Rapport au CAE, n° 44, Paris, La Documentation française.

Blanchard O., Wolfers J., 1999, "The Role of Shocks and Institutions in the Rise of European Unemployment: the Aggregate Evidence", *Working paper 7282, NBER working papers*.

Cahuc P., Kramarz F., 2004, *De la précarité à la mobilité : vers une sécurité sociale professionnelle*, Rapport au ministre d'État, ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, et au ministre de l'Emploi, du Travail et de la Cohésion sociale, Paris, La Documentation française.

De Virville M., 2004, *Pour un Code du travail plus efficace*, Rapport au ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité, Paris, La Documentation française.

Gomel B., Méda D., Serverin É. (dir.), 2009, *L'emploi en ruptures*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires ».

Kramarz F., Michaud M.-L., 2004, "The Shape of Hiring and Separation Costs", *IZA DP*, n° 1170.

Morin M.-L., 2009, « L'office du juge : l'exemple du contrôle de la cause économique du licenciement », in Gomel B., Méda D., Serverin É. (dir.), *op.cit.*, pp. 155-170.

Serverin É., 2002, « Les litiges du travail au temps du jugement prud'homal », *Revue Nationale des Barreaux*, n° 66/67, pp. 66-167.

Serverin É., Valentin J., 2009, « Licenciement et recours aux prud'hommes, questions de mesure », in Gomel B., Méda D., Serverin É. (dir.), *op.cit.*, pp. 121-138.

Les actualités du Centre d'études de l'emploi sont en ligne sur le site : www.cee-recherche.fr

La lettre électronique *flash.cee* vous informe régulièrement des principales activités du Centre d'études de l'emploi et vous signale ses dernières publications.

Pour la recevoir par courriel vous pouvez vous inscrire sur la page d'accueil du site.

Centre d'études de l'emploi

29, promenade Michel Simon - 93166 Noisy-le-Grand Cedex

Téléphone : 01 45 92 68 00 - Mèl : cee@cee-recherche.fr - site : www.cee-recherche.fr

Directeur de publication : Alberto Lopez - Conseiller scientifique : Jérémie Rosanvallon - Rédactrice en chef : Marie-Madeleine Vennat

Conception technique et visuelle : Fabien Anelli - Imprimerie : Louis-Jean C.P.A.P. : 0911 B 07994 - Dépôt légal : 222 - septembre 2010 - ISSN : 1776-3356