

Justice et justification dans les réformes actuelles du droit du travail

par *Antoine LYON-CAEN*,

Professeur à l'Université de Paris X Nanterre, Directeur d'études à l'EHESS

PLAN

I. Aujourd'hui :
le cantonnement des juges

II. Demain : la libre résiliation
des contrats de travail ?



« Cette époque est à la mise en cause du régime juridique de l'emploi. Les dispositions relatives au droit du licenciement qui prennent place dans la loi de programmation pour la cohérence sociale en offrent une illustration. Constituent-elles une étape significative ? Il est tôt pour trancher. Mais il y a lieu de se souvenir que des dispositions nouvelles sont parfois moins importantes à raison de leur teneur qu'à raison de leur inspiration.

Aux avant-postes de la dénonciation, des économistes et certaines organisations qui reprennent à leur compte leurs discours et leurs conclusions. Cette dénonciation se présente sur un mode *majeur* lorsqu'elle s'efforce de disqualifier, dans son principe, un encadrement normatif spécifique des réorganisations et licenciements. L'effort de disqualification use aujourd'hui d'une rhétorique dont il ne faut ignorer ni les ressorts ni les succès historiques, la rhétorique dite des effets pervers. Elle consiste à opposer les conséquences sociales (ou économiques) que seraient supposés produire les dispositifs et la situation actuelle observable et, sur la considération de leurs écarts, à prétendre montrer que, conçus pour protéger l'emploi, les dispositifs constitutifs de son régime juridique contribueraient au chômage et à la précarité. Telle serait la perversité du droit du travail.

La loi du 18 janvier 2005 ne contient pas de disposition qui se réclame ouvertement de cette rhétorique. Mais n'est-ce pas une prochaine étape qui en montrera l'influence ? Avec notamment l'ambition d'exonérer les entreprises qui procèdent à des réorganisations et à des licenciements des responsabilités qui, à ce jour, pèsent sur elles ? Parmi leurs obligations, l'exigence de justification du licenciement a été évoquée, sans être en fin de compte écornée, au cours des travaux parlementaires préparatoires à la loi du 18 janvier 2005. Elle est depuis lors sur la sellette avec le projet de contrat dit « nouvelle embauche ».

Le moment est donc opportun pour commenter l'atteinte annoncée à l'exigence de justification du licenciement (II).

La dénonciation du régime juridique de l'emploi revêt aussi des modes *mineurs*, plus tempérés, et, à leur manière, plus équivoques. De ces modes mineurs, il est une expression courante : les règles qui composent en particulier le droit du licenciement pour motif économique ne seraient pas claires. Une expression plus élaborée se pare de la sécurité à laquelle cet ensemble normatif ne répondrait pas (ou plus). C'est ce double souci de clarté et de sécurité qu'ont revendiqué les promoteurs de la réforme de 2005 et qui, à leurs yeux, commandent de revoir le rôle des juges (I).

■ I. Aujourd'hui : le cantonnement des juges ■

A lire les travaux préparatoires de la loi du 18 janvier 2005, les principaux facteurs d'insécurité, dans le régime des licenciements pour motif économique, se trouvent du côté des juges. Les juges contemporains seraient-ils de nouveaux fauteurs d'insécurité ? En tout cas, ils sont visés autant comme artisans du règlement de différends que comme interprètes, plus ou moins actifs, des dispositions applicables.

A. Plusieurs dispositions issues de la loi nouvelle traduisent une volonté manifeste de cantonner les débats judiciaires que peuvent susciter des projets de licenciements pour motif économique et des initiatives qui peuvent les accompagner.

Dans la France actuelle, il n'est guère concevable de tarir à la source les actions en justice et de priver les travailleurs et leurs représentants de protection juridictionnelle. Le droit communautaire d'une part et le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme d'autre part, promettaient de vives contestations à un législateur qui poursuivrait une telle ambition ouverte. Pour cantonner les débats judiciaires, la voie choisie est autre : elle consiste à réduire les délais de recours (1).

C'est ainsi que dorénavant « l'action en référé portant sur la régularité de la procédure de consultation doit...être introduite dans un délai de 15 jours suivant chacune des réunions du comité d'entreprise » (2). C'est ainsi que l'action tendant à contester « la régularité ou la validité du licenciement » se prescrit par douze mois (3). C'est ainsi encore que l'action à contestation d'un accord de l'article L 320-3 Code du travail, accord de procédure appelé couramment accord de méthode, doit être introduite dans un délai qui, selon l'objet de l'accord, varie de trois à douze mois (4).

L'institution de délais abrégés a pour raison d'être d'assurer, au plus vite, l'immunité des projets et décisions susceptibles d'être contestés. Tel est, on le devine aisément, le sens de la sécurité juridique que recèlent ces dispositions. Sans doute, faute d'une réflexion d'ensemble sur les prescriptions et la terminologie utilisée pour circonscrire le domaine des nouvelles règles

spéciales, ces textes sont riches d'une floraison d'hésitations et de controverses (5).

Mais l'essentiel est ailleurs. Les dispositions nouvelles ne reposent pas sur une véritable évaluation de ce que représentent les actions en justice lors des réorganisations et des licenciements pour motif économique. Existe-t-il un contentieux abondant devant les juges des référés ? L'interprétation constructive qu'a retenue la Cour de cassation, dans son arrêt *La Samaritaine*, établissant que les licenciements consécutifs à un plan social nul, sont eux-mêmes nuls, a-t-elle stimulé les demandes tendant à pareille annulation ? Et puis, est-il raisonnable d'imaginer que la brièveté des délais décourage les plaideurs meurtris et les juges qui savent en cas de nécessité, ne point fermer le prétoire à qui doit y accéder ?

Bref, les dispositions nouvelles n'ont qu'une portée limitée, et, au demeurant, incertaine. Elles n'en sont pas moins l'expression d'une politique restrictive, quoique sans fondations solides, à l'égard du droit d'agir des salariés et de leurs représentants.

B. Que la loi contrarie la jurisprudence, voilà qui ne devrait pas surprendre. La loi du 18 janvier 2005 a ce dessein. Tout au plus, faudrait-il relever que s'il y avait là plus qu'un épisode, un mouvement, il fortifierait la loi au détriment de la jurisprudence, en un temps où il est de bon ton libéral de dénoncer le poids excessif de la première et de vanter les mérites de la seconde.

Mais la contrariété n'est pas ici banale. Car il s'agit, dans deux cas emblématiques, dont l'un a été seulement envisagé sans être mentionné dans le texte soumis au Parlement, de contredire des interprétations mûrement réfléchies et porteuses, l'une et l'autre, d'une plus grande efficacité des garanties procédurales instituées par la loi.

Le premier cas, évoqué puis abandonné, correspond à ce qu'il est convenu d'appeler la jurisprudence *La Samaritaine*, en d'autres termes, la nullité des licenciements pour inexistence, ou insuffisance du plan social (aujourd'hui plan de sauvegarde de l'emploi) (6). La règle est donc maintenue. La discussion qu'elle a provoquée a néanmoins laissé des traces. Avec comme

(1) Il s'agit d'« éviter le prolongement indéfini des actions contentieuses... », dans lequel les promoteurs de la loi voient « une source d'insécurité juridique à la fois pour le salarié et l'employeur » (Rapport Ass. nat. n° 1930, I, p. 370) ; v. *infra* Christophe Baumgarten, Les garanties de procédure issues de la Loi Borloo : ordre du jour du comité d'entreprise et recours contentieux.

(2) Art. L. 321-16 al. 1 nouveau.

(3) Art. L. 321-16 al. 2 nouveau.

(4) Art. L. 320-3 al. 4 nouveau.

(5) Laissons à d'autres, plus inventifs, le soin d'établir une liste de questions. Bornons-nous à en mentionner quelques unes. Le licenciement au sens de l'article L. 321-16 al. 2 est sans nul doute le licenciement pour motif économique ; mais *quid* de l'accord amiable à l'abri d'une procédure de licenciement pour motif économique ? Et du départ en reclassement personnalisé ? Que recouvre le vocable de régularité de la procédure ? La mission de l'expert-comptable du comité ?

(6) Cette nullité est, depuis la loi du 17 janvier 2002 dite de modernisation sociale, prévue dans l'article L.122-14-4 C. trav.

arrière-plan la nullité des licenciements des salariés de la société Wolber, filiale de Michelin, la réintégration consécutive à la dite nullité a été aménagée par la loi, de telle sorte qu'elle soit exclue lorsqu'elle « est devenue impossible, notamment du fait de la fermeture d'établissement ou du site ou de l'absence d'emploi disponible de nature à permettre la réintégration du salarié » (7).

Que traduit cet aménagement ? Un souci d'éviter que des règles prétorienne marquent plus de rigueur à l'endroit des employeurs ? La récente décision rendue par la chambre sociale de la Cour de cassation dans l'un des contentieux relatifs à la société Wolber révèle plutôt des juges prudents (8).

La formulation retenue permet-elle d'augurer un partage aisé – oserait-on dire sûr – entre les réintégrations possibles et les réintégrations impossibles ? Le doute est de mise, car le texte nouveau ne fait aucune allusion au périmètre – ou espace – d'appréciation des possibilités de réintégration et, dans son récent arrêt *Wolber*, la chambre sociale prend soin de ménager le futur, en notant que la réintégration était « demandée dans les seuls emplois que les salariés occupaient dans cette entreprise avant les licenciements ». A vrai dire, il serait surprenant que le périmètre de la réintégration ne recouvre pas au moins le périmètre défini pour le reclassement (9).

De la même façon, le texte nouveau observe un mutisme complet sur les modalités mêmes du retour dans un emploi, au prix, le cas échéant, d'une modification du contrat ou d'une adaptation.

Le second cas de condamnation, cette fois prononcée par la loi, correspond à la célèbre jurisprudence

Majorette-Framatome (10) à laquelle la chambre sociale a montré son attachement constant (11). En substance, selon cette jurisprudence, un plan social, devenu plan de sauvegarde de l'emploi, doit être élaboré et soumis aux représentants du personnel dès lors qu'un employeur propose à plus de dix salariés une modification de leur contrat. Avec une telle initiative en effet, des licenciements sont envisagés, ou en tout cas doivent l'être. Il est juste de dire (12) que cette solution assure plein effet à une exigence de gestion prévisionnelle, à laquelle doit donner consistance le projet de plan qui accompagne l'initiative.

La nouvelle loi a, sans ambages, entendu retarder l'élaboration d'un plan de sauvegarde jusqu'à la manifestation du refus d'au moins dix salariés et la décision de l'employeur de les licencier. Sans prévenir, la loi pourrait bien avoir, du même coup, changé la conception du plan, dont l'élaboration, à ce stade, n'a plus guère de fonction possible de sauvegarde (13). L'efficacité des garanties procédurales, instituées par la loi, risque fort d'être altérée. Était-ce souhaité ? Était-ce même prévu ?

La méthode suivie pour réformer, la modification d'un texte, et l'indifférence à d'autres qui lui sont liés risquent de déstabiliser l'édifice normatif lentement construit par l'interprétation des juges et d'apporter ainsi de nouveaux germes d'insécurité. Les juges ont pour eux le temps, les moyens d'une réflexion ouverte et apaisée, des méthodes de préparation et de correction de leur œuvre. Le législateur, en tout cas celui de 2005, dans sa réforme du droit du licenciement pour motif économique, tout à sa volonté de corriger les juges, n'a fait montre ni de leur aptitude ni de leur sagesse.

■ II. Demain : la libre résiliation des contrats de travail ? ■

Dans l'actuelle mise en cause du régime juridique de l'emploi, l'office du juge, ou plutôt son exercice en cas de contestation de licenciement pour motif économique est la cible privilégiée des critiques. Tour à tour, il est énoncé que les juges n'auraient pas les compétences techniques pour émettre une opinion sérieuse sur la gestion des entreprises ; que les mesures de leur appréciation seraient imprécises, et, donc, incertaines ; qu'ainsi les

dirigeants d'entreprise subiraient, en sus des aléas des marchés, les aléas de l'intervention judiciaire.

Dans cette logique, les propositions les plus radicales de révision du droit positif s'attaquent au contrôle judiciaire des licenciements, à la mise en œuvre de la cause réelle et sérieuse, bref à l'exigence de justification des licenciements, que ceux-ci obéissent à des considérations tenant à la personne ou non. Sans être

(7) Art. L. 122-14-4, sur lequel G. Couturier, L'impossibilité de réintégrer, *Dr. soc.* 2005-403 et *infra* p. 369 les obs. de M. Henry sous l'art. L. 321-4-1.

(8) Soc. 15 juin 2005, *SSL* n° 1221 du 17 juin 2005, p. 5, rapport P. Bailly, *JCP ed S* 2005-1035, note P.-Y. Verkindt.

(9) v. G. Couturier, art. cit. pp. 405 et 408.

(10) v. *infra* p. 296, Isabelle Meyrat, Vers un affaiblissement de l'emprise des procédures de licenciement collectif : le cas des

propositions de modification du contrat de travail pour motif économique.

(11) v. Y. Chagny, La jurisprudence *Framatome-Majorette* : les derniers feux ? *Dr. soc.* 2005-556 ; pour C. Radé, l'âtre est éteint, Feu la jurisprudence *Framatome* et *Majorette*, *Dr. soc.* 2005-386.

(12) Y. Chagny, art. cit.

(13) En ce sens, C. Radé, art. cit. p. 391.

mentionnées de manière explicite, ces propositions ont constitué l'arrière-plan des débats parlementaires provoqués par la revendication d'une modification textuelle destinée à introduire une référence à la compétitivité des entreprises, comme si l'expression avait signifié, pour les uns, favorables, comme pour les autres, hostiles, l'annonce d'un fort affaiblissement du contrôle judiciaire.

Gageons que cette exigence de justification, à laquelle les licenciements pour motif économique n'échappent pas, continuera d'alimenter les polémiques. Elle a pourtant sa grandeur. Elle correspond à l'obligation de rendre compte de ses actes qui pèse sur toute personne dont l'activité a des effets patents sur autrui. Elle montre l'enrichissement de notre système juridique qui instaure des droits et libertés diverses et doit, dès lors, en assurer la coexistence. L'exigence de justification constitue la voie par laquelle passe cette cohabitation. Elle rappelle que l'auteur d'une décision construit à travers elle sa crédibilité et, partant la confiance que les autres pensent avoir en lui. Malgré sa force, l'exigence n'a pas un destin paisible.

Car c'est à elle que s'en prend, d'une manière contournée, le projet d'institution d'un contrat dit « *nouvel embauche* ». Que ce soit sous la qualification hérétique d'essai ou sous une autre forme, le projet consiste à soustraire les contrats de travail conclus dans certaines entreprises, pendant une période de deux ans, aux règles relatives au licenciement, et donc à l'exigence d'une justification. La soustraction annoncée est limitée dans le temps, même si le délai est long ; elle n'est pas limitée, de prime abord dans son intensité puisque la justification est paralysée, qu'elle tienne à la personne ou non.

Au nom de quoi ce recul du contrôle des licenciements est-il organisé ? Le projet, selon sa présentation officielle, a pour but d' « *encourager les entreprises à recruter du nouveau personnel* ». Au cœur du projet, se trouve donc une hypothèse, à laquelle la loi confèrera un singulier crédit : l'embauche croît lorsqu'on débauche plus aisément.

Les ressorts d'une telle politique du droit méritent de plus amples commentaires. Pour l'heure, il est sans doute utile de signaler que dans l'ordre juridique d'un pays civilisé, une telle politique est d'une extrême fragilité juridique. Le Royaume-Uni qui s'était engagé dans une expérience étrangement similaire à celle que le gouvernement actuel promeut, en a fait la preuve à ses dépens. Modifiant une loi de 1978, une ordonnance de 1985 subordonnait l'application de la protection contre les licenciements abusifs (injustifiés) à l'écoulement

d'une période continue d'emploi de deux ans. Quelle était la thèse du gouvernement du Royaume-Uni ? Il faisait valoir que « *le risque pour des employeurs d'être impliqués dans des procédures de licenciement abusif du fait de salariés récemment recrutés constitue un élément propre à dissuader l'embauche, en sorte que l'extension de la durée d'emploi requise pour le bénéfice de la protection contre le licenciement favoriserait le recrutement des travailleurs* » (14). Belle convergence avec le discours gouvernemental français actuel !

La mesure prise par le gouvernement du Royaume-Uni fut soumise à l'épreuve des règles de non-discrimination entre les femmes et les hommes. Car une telle mesure est susceptible de constituer une discrimination indirecte, dès lors que la population des travailleurs atteinte par la contraction de la protection serait, dans une proportion significative, plus féminine que masculine. Arrêtons-nous un instant pour ajouter qu'en France, le raisonnement vaudrait pour tous les motifs illicites de discrimination, dont ceux qui composent la liste de l'article L.122-45 Code du travail. La condamnation des discriminations indirectes, c'est-à-dire, les discriminations portées par les effets des mesures, sans considération pour l'intention de leurs auteurs, a été, faut-il le rappeler, généralisée.

Aussi la contraction de la protection contre le licenciement constitue une discrimination indirecte, si, parmi la population affectée, figure de manière significative un pourcentage plus élevé de l'une quelconque des catégories de personnes protégées contre la discrimination.

Il est vrai que l'inégale affectation des travailleurs peut échapper à la condamnation si elle a une justification objective, ce qui exige que la mesure critiquée réponde à un but légitime de politique sociale, soit apte à atteindre l'objectif poursuivi par celle-ci et nécessaire à cet effet. La Cour de justice, examinant la réglementation du Royaume-Uni, n'a pas eu de mal à regarder la promotion de l'embauche comme un objectif légitime de politique sociale (15). Mais évoquant la thèse du gouvernement, elle ne craint pas de lui opposer que « *de simples affirmations générales concernant l'aptitude d'une mesure déterminée à promouvoir l'embauche ne suffisent pas... à fournir des éléments permettant raisonnablement d'estimer que les moyens choisis étaient aptes à la réalisation de cet objectif* » (16). D'autres, moins portés à la langue juridique diplomatique, auraient simplement dit : nous ne sommes pas dupes de propos d'arrière-café.

Une contestation constitutionnelle ou communautaire d'une mesure de réduction de la protection en cas de

(14) CJCE 9 février 1999, C. 167/97, Seymour-Smith et Perez, Rec. I. p. 627, spec. att. n° 70.

(15) CJCE 9 février 1999, *prec.*, att. n° 71.

(16) CJCE 9 février 1999, *prec.*, att. n° 76.

licenciement pourrait donc réserver des surprises et montrer que le droit ne tolère pas le simplisme d'une telle mesure. Mais c'est aussi dans les différends individuels que les surprises peuvent survenir. Car la cessation sans justification d'un contrat peut subir l'épreuve des règles de non-discrimination. Et si le salarié « présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte... »

(17), il incombera à l'employeur de prouver que sa décision était justifiée par des éléments objectifs. Chassée par la fenêtre, l'exigence de justification rentrerait par la porte.

Est-il raisonnable de promettre la liberté de résiliation des contrats de travail ?

Antoine Lyon-Caen

(17) Art. L.122-45.

Délocalisations, restructurations, exaspérations, ripostes

Rapport sur la situation économique et sociale 2004-2005

*Elaboré sous la direction de Henri Jacot, professeur émérite à l'Université Lyon II
et de Jean-Christophe Le Duigou, secrétaire de la CGT*

*Ce rapport a été rédigé par Sophie Cunningham, Jean-Claude Delaunay,
Denis Durand, Mariannick Le Bris, Fabrice Pruvost et Cathy Suarez*

Recherche et renouveau syndical

Rapport sur la situation économique
et sociale 2004/2005

**Délocalisations,
Restructurations,
Exaspérations,
Ripostes**

Sous la direction de
Henri Jacot &
Jean-Christophe Le Duigou

10 % de chômeurs, 1 million d'allocataires pour le AMI fin 2004. Et pourtant le gouvernement Raffarin poursuit, comme si de rien n'était, son action de « détricotage » des normes publiques et des garanties collectives. Le rapport de soumission au Medef est de plus en plus évident. Mais le passif s'accumule, car rien n'est réglé, au contraire, ni pour la question du travail et de sa valeur, ni pour la protection sociale, ni pour l'action publique, ni pour la reconnaissance citoyenne dans l'économie et dans la société.

Dès lors, les exaspérations sont-elles croissantes, chez les agents du secteur public comme chez les salariés du secteur privé, chez les privés d'emploi « recalculés » comme chez les actifs « menacés de délocalisations », dans les entreprises ou dans les hôpitaux comme dans les écoles ou dans les centres de recherche.

Malgré des divisions syndicales qui indéniablement pèsent, et en dépit d'un réel déficit de perspective politique transformatrice, le mouvement social n'est pas atone ; les résistances s'organisent, les mobilisations sont réelles, les ripostes s'esquissent. Au-delà des aléas, des avancées et des reculs, une phase nouvelle

semble ainsi s'être ouverte désormais, de sortie progressive de la situation pesante dans laquelle se trouvait le monde du travail, et plus généralement la population, tout particulièrement depuis le printemps 2003 et la fin du conflit des retraites.

C'est à une meilleure compréhension de cette période de reconstruction d'un rapport de force plus favorable aux salariés qu'est consacré ce Rapport 2004-2005 en développant six chapitres : les délocalisations et la désindustrialisation en France, les restructurations dans le mouvement plus global de mondialisation du capital, les contradictions de la construction européenne, la politique de l'emploi comme accompagnement social des restructurations, les mécomptes de la politique fiscale, le mouvement social.

En définitive, c'est bien la question essentielle de la démocratie, dans l'économie et la société toute entière, comme entre organisations syndicales et au sein de chacune d'elles, qui est la clef d'un développement favorable au monde du travail.

Prix : 14,50 € - Pour se procurer le rapport : Espace "Syndicalisme et société" 01 48 18 87 24 - synd-societe@cgt.fr