

Les procès économiques des Conseils de prud'hommes ⁽¹⁾

par Thierry KIRAT, Économiste, Directeur de recherche au CNRS, IRISSO-Université Paris Dauphine/PSL

1. Les Conseils de prud'hommes et l'emploi
2. La « judiciarisation » des licenciements
3. Imprévisibilité des coûts de séparation ?
4. Les critiques à l'encontre du fonctionnement de l'institution prud'homale

Pendant longtemps, c'est le principe même de la réglementation du marché du travail qui a été contesté par les économistes néo-classiques. Cette réglementation a été, par la suite, admise, l'attention se portant sur sa rigueur et les effets qu'elle entraîne : pour l'essentiel, la pérennisation d'un marché du travail segmenté, avec un segment dit protégé (les salariés en CDI en poste, qualifiés d'« *insiders* ») et un segment dit précarisé (les entrants sur le marché du travail : les jeunes, les femmes, parfois les seniors en recherche d'emploi, dits « *outsiders* »).

Depuis quelques années, l'attention se resserre, de manière inédite, sur le recours au tribunal. Les économistes spécialisés dans la production de rapports et d'analyses du droit du travail mettent désormais au cœur des diagnostics nouveaux sur les effets de la protection de l'emploi, en termes de performance du marché du travail, l'enjeu de l'insécurité juridique (2). Plus précisément, les Conseils de prud'hommes seraient des institutions génératrices d'insécurité pour les employeurs, compte tenu de l'incertitude sur les coûts de la séparation que ces juridictions fixent *in fine*. Parmi les facteurs d'incertitude sur les coûts définitifs du licenciement figure en bonne place le montant de l'indemnité prud'homale, c'est-à-dire le montant octroyé au salarié victime d'un licenciement abusif en réparation du préjudice subi.

Les relations entre les Conseils de prud'hommes et l'emploi, telles que les économistes les établissent, sont présentées dans un premier temps (1.). Dans un deuxième temps, les diagnostics de la « judiciarisation » des licenciements sont exposés (2.). Comme la question centrale est

désormais celle des coûts des licenciements, de larges développements y seront consacrés dans un troisième temps (3.). Enfin, quelques observations seront adressées à l'encontre des critiques qui se font jour du fonctionnement même de l'institution prud'homale (4.).

1. Les Conseils de prud'hommes et l'emploi

Quels sont les arguments avancés dans le procès fait aux Conseils de prud'hommes ? Une première charge a été menée par Fraisse, Kramarz et Prost dans une étude de 2011, publiée en 2015 (3). À partir, entre autres, de données statistiques sur l'activité des Conseils de prud'hommes de 1996 à 2003, ils soutiennent que **ces juridictions ont des effets sur les flux d'emploi sur le marché du travail, en termes de créations et de destructions d'emplois.**

Plus précisément, ils soutiennent, à partir d'estimations économétriques, que l'effet conjoint d'un accroissement des procès devant les Conseils de prud'hommes et des victoires des salariés est de provoquer des destructions d'emplois. Par contre, l'accroissement des recours à la conciliation, de la densité d'avocats dans le territoire de compétence de la juridiction et des recours devant les Conseils de prud'hommes sont associés à une réduction des

(1) Je remercie vivement Dominique Méda de ses commentaires sur une première version de ce texte.

(2) En particulier Jacques Barthélémy et Gilbert Cette, *Réformer le droit du travail*, Odile Jacob, 2015 ; Pierre Cahuc et Stéphane Carcillo, *Les juges et l'économie : une défiance française*, Institut Montaigne, 2012.

(3) Henri Fraisse, Francis Kramarz, Corinne Prost, « Labor disputes and labor flows », *ILR Review*, vol. 68, n°5, 2015, pp. 1043-1077.

destructions d'emplois. On remarquera que ce qui est mis en cause est moins l'existence de la juridiction prud'homale *per se* que le fait que les différends ne fassent pas l'objet d'une conciliation réussie. Cela étant, les données utilisées sont anciennes et l'analyse ne distingue pas les motifs de licenciement, les données relatives aux licenciements pour motif personnel et aux licenciements économiques étant agrégées.

La relation entre le contentieux individuel du travail et la situation de l'emploi peut être abordée sous un autre angle que celui de ses effets sur le marché du travail. Certains spécialistes ont interrogé le fait de savoir **si les juges du travail tiennent compte, consciemment ou non, de la conjoncture économique lorsqu'ils décident**. Ces travaux s'intéressent non pas aux effets de la justice du travail sur l'emploi, mais à l'influence que peut avoir la situation de l'emploi sur la manière dont les juges décident. Les résultats sont assez contrastés selon les pays. En Italie, il a été établi que les juges du travail décident de manière contracyclique, ce qui veut dire qu'ils prennent le contre-pied du cycle économique : lorsque la croissance régionale et le taux de chômage sont plus élevés, les juges du travail décident plus souvent en faveur du salarié (4). Ce constat ne se retrouve pas dans les cas français et britannique, sur lesquels Ioana Marinescu a réalisé des analyses empiriques comparées (5). Elle examine la relation entre la conjoncture économique et l'attitude des juges du travail sur la contestation du licenciement. Dans le cas français, elle montre que, dans les régions où le taux de chômage est plus élevé et le taux de croissance plus faible, les juges ont une plus faible probabilité de décider en faveur du salarié. Dans le cas britannique, les juges sont, de même, plus sévères avec les salariés lorsque la conjoncture est dégradée, mais ce constat est nuancé lorsque le salarié est encore au chômage au moment de l'introduction de l'instance devant les tribunaux. Elle conclut en affirmant que les juges français et britanniques rendent les coûts de licenciement plus procycliques.

Pourtant, du point de vue de l'efficacité économique, il est possible d'argumenter économiquement en faveur de coûts de licenciement contra-

cycliques, ce qui revient à dire que **les tribunaux du travail devraient décider plus fréquemment en faveur des salariés** (et leur attribuer des indemnités plus élevées) **lorsque la conjoncture est dégradée**, lorsque le taux de chômage est élevé. Au moins deux arguments peuvent être avancés :

– en termes d'assurance : les travailleurs ayant de l'aversion pour le risque et ne disposant pas de la possibilité de s'assurer à titre privé contre les aléas du marché du travail, l'indemnisation des licenciements permettrait aux salariés de lisser les fluctuations de leurs revenus en cas de licenciement. En effet, si les entreprises sont neutres aux risques et ont librement accès au marché du capital, « *il est optimal, pour les travailleurs comme pour les employeurs, de prévoir le versement d'indemnités de licenciement* » (6). Les salariés licenciés ayant une plus faible probabilité de retrouver un emploi lorsque le taux de chômage est élevé, et les pertes de revenu étant d'autant plus importantes, les indemnités de licenciement devraient être plus élevées qu'en situation de plein emploi.

– en termes d'externalités négatives des licenciements, qui sont de deux types (7) : les externalités liées à la demande et les externalités liées à la recherche d'emploi. Avec les premières, les licenciements provoquent une baisse des revenus, qui déprime la demande adressée aux autres entreprises que celles qui ont licencié, induisant alors une contraction de l'activité qui peut générer des licenciements supplémentaires ; avec les secondes, les salariés licenciés entrent en concurrence pour retrouver un emploi. Dans tous ces cas, l'indemnisation des licenciements devrait être d'autant plus élevée que les externalités négatives sont importantes.

La relation entre les conflits individuels du travail et la situation de l'emploi peut être considérée au regard de la question : **est-ce que la conjoncture économique est à l'origine de recours devant les juridictions du travail ?** Plus précisément, un taux de chômage élevé est-il lié à davantage de recours ? À cet égard, Schulze-Marmeling (8) montre que la courbe du nombre de recours aux Conseils de prud'hommes et celle du taux de chômage ont suivi, sur une longue période (1970-2012), des tracés assez similaires. Cela suggère « *une causalité inverse de celle invoquée par*

(4) Andrea Ichino, Michele Polo Enrico Rettore, « Are Judges Biased by Labor Market Conditions ? », *European Economic Review*, October 2003, 47 (5), pp. 913-944.

(5) Ioana Marinescu, *Coûts et procédures de licenciement, croissance et innovation technologique*, thèse de doctorat, EHESS, 2005 ; du même auteur : « Are Judges Sensitive to Economic Conditions ? Evidence from UK Employment Tribunals », *Industrial and Labor Relations Review*, vol. 64, n° 4, July 2011, pp. 673-698.

(6) OCDE, *Perspectives de l'emploi 2004*, p. 99.

(7) I. Marinescu, 2005, pp. 15-16.

(8) Sebastian Schulze-Marmeling, « Les Conseils de prud'hommes : un frein à l'embauche ? », *Connaissance de l'emploi*, n° 111, mars 2014.

ceux qui considèrent la jurisprudence du travail comme un frein à l'embauche » (9). Et l'auteur de poursuivre : « Ce ne sont pas les procès prud'homaux qui contribueraient à augmenter le chômage, mais la hausse de celui-ci qui provoquerait un recours plus élevé aux arbitrages judiciaires » (10).

Cela étant, en admettant que le risque de contentieux et les coûts de licenciement sont particulièrement élevés pour les CDI, **peut-on considérer que le contentieux prud'homal puisse avoir des effets sur la décision des employeurs d'embaucher en CDD plutôt qu'en CDI ?** Cette question a été étudiée par Bourreau-Dubois, Chaupain-Guillot et Guillot (11). Les auteurs construisent deux indicateurs : un indice de conflictualité (qui mesure le risque pour l'employeur d'être assigné aux prud'hommes) et un taux de jugements prud'homaux (qui mesure

le risque pour l'employeur d'être condamné à payer des coûts de licenciement). Multipliant les méthodes statistiques et les analyses de données, ces auteurs concluent que le risque du contentieux prud'homal a un effet significatif, positif, sur le recours aux CDD, mais de faible ampleur. Avec les données en coupe pour l'année 2005, les résultats montrent une élasticité très faible de la part des embauches en CDD : elle est de 0,1 par rapport à l'indice de conflictualité et de 0,2 avec le taux de jugements prud'homaux (elle est de 0,1 lorsque ce taux est estimé conjointement avec l'indice de conflictualité) (12).

En conclusion, la thèse dominante selon laquelle les procès devant les Conseils de prud'hommes ont pour effet de détruire des emplois n'est qu'une thèse parmi d'autres, qui ne concluent pas dans le même sens !

2. La « judiciarisation » des licenciements

La judiciarisation est un mot magique qui évoque inmanquablement une tendance connotée négativement. Généralement, elle renvoie à un accroissement de l'activité des tribunaux. Si l'on considère les Conseils de prud'hommes, la tendance est à la réduction du contentieux. Une note de la direction générale du Trésor de 2014 (13) admet que le taux de contestation des licenciements individuels (entre 25 et 30 % selon les études) est en France assez proche du taux allemand, que le taux de contestation des licenciements économiques est très faible (moins de 3 %), et que les contentieux devant les Conseils de prud'hommes sont en baisse régulière.

Le contentieux devant les prud'hommes connaît en effet une baisse continue depuis 2004, voire depuis la décennie précédente (14). Entre 2004 et 2013, le nombre d'affaires introduites devant les prud'hommes, que ce soit au fond ou en référé, fluctue autour de 200.000 par an (15). Même si l'amplitude des fluctuations du nombre d'affaires s'est accentuée entre 2009 et 2013, avec un pic de près de 230.000 en 2009, suivi d'une baisse rapide jusqu'en 2012 (avec un peu de moins de 180.000 affaires), la tendance

moyenne se situe aux environs de 200.000 affaires. Ces chiffres ne donnent pas l'image d'une explosion des litiges entre salariés et employeurs.

Selon les données du ministère de la Justice (16), 95 % des demandes sont introduites par des salariés ordinaires et, parmi eux, par une part de plus en plus importante de seniors. Ce qu'ils demandent est avant tout lié à la rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur. Les demandes se répartissent en deux catégories :

- a) la contestation du motif du licenciement,
- b) en l'absence de contestation du motif de licenciement : la remise de documents, le paiement de créances salariales ou l'annulation d'une sanction disciplinaire.

Entre 2004 et 2013, la part des demandes sans contestation du motif de licenciement diminue, alors que celle des contestations du motif de la rupture par l'employeur s'accroît sensiblement. Or, l'immense majorité de ces contestations du motif de la rupture concerne les licenciements pour motif personnel, la part des licenciements économiques étant très peu importante.

(9) *Ibid.*, p. 3.

(10) *Ibid.*, p. 3.

(11) Cécile Bourreau-Dubois, Sabine Chaupain-Guillot et Olivier Guillot, « L'impact du risque prud'homal sur le recours aux contrats à durée déterminée : une analyse à partir des DMMO », Travail et Emploi [en ligne], n° 126, avril-juin 2011, mis en ligne le 24 juin 2014, consulté le 26 septembre 2017. URL : <http://travailemloi.revues.org/5143>; DOI : 10.4000/travailemloi.5143.

(12) *Ibid.*, p. 11.

(13) Trésor-Eco, « Le traitement des litiges en droit du travail : constats et perspectives économiques », n° 137, octobre 2014. Cette note est à charge contre les Conseils de prud'hommes.

(14) Evelyne Serverin, « Agir aux prud'hommes, hier et aujourd'hui », Dr. Ouv. 2014, p. 699.

(15) Infostat Justice, n° 135, août 2015, p. 1.

(16) *Ibid.*

Tableau 1 – Conflits devant les Conseils de prud’hommes en 2004 et 2013.

Source : d’après Infostat Justice, n° 135, août 2015, p. 2.

	2004		2013	
	Nombre de demandes au fond et en référé	En % du total des demandes	Nombre de demandes au fond et en référé	En % du total des demandes
Demandes formées par des salariés ordinaires	197.738	95,2	194.700	94,5
Contestation du motif de licenciement	142.551	68,6	160.929	78,1
a) Pour motif non économique	137.820	66,3	157.436	76,4
b) Pour motif économique	4.731	2,3	3.493	1,7

Comme la judiciarisation vue sous l’angle quantitatif n’est pas avérée, loin de là, **le mot prend désormais une autre signification : il désigne la possibilité même de recourir au juge et le fait que des salariés licenciés aient des droits** (17). Ce qui est en jeu, c’est particulièrement – encore une fois – le fait que les droits des salariés revendiqués devant les Conseils de prud’hommes ont pour conséquence des coûts élevés de licenciement, surtout pour les licenciements économiques.

Pourtant, les licenciements économiques sont beaucoup moins contestés que les licenciements pour motif personnel, aussi bien en nombre qu’en taux. En effet, si l’on rapporte le nombre de demandes aux prud’hommes au nombre de licenciements, il s’avère que, selon l’OCDE, 25 % des salariés ayant été licenciés pour motif personnel faisaient un recours contentieux en 2001 (18). Une étude du ministère de la Justice fait état d’une baisse du taux de recours, qui passe d’environ 40 % au début des années 1990 à 20 % avant la crise des *subprimes* de 2008. Par contre, le taux de recours contre les licenciements économiques est beaucoup plus faible : il est bien inférieur à 3 % (19).

L’idée que les employeurs, effrayés par la complexité de la procédure de licenciement économique et les coûts induits à leur charge, préféreraient recourir à des licenciements pour motif personnel a été avancée dans les années 2000 (20). En d’autres termes, nombre de licenciements pour motif personnel seraient des licenciements économiques déguisés. Cette thèse pose deux problèmes : d’une part, les employeurs seraient assez irrationnels de préférer recourir au type de licenciement qui est justement le plus contesté devant les Conseils de prud’hommes ; d’autre part, les entreprises qui déguisent les licenciements économiques en licenciements pour motif personnel sont censées être confrontées à des difficultés économiques qui devraient les conduire à ne pas recruter à court terme. Or, une étude publiée dans la revue de l’OFCE en 2008 (21) montre que ce n’est pas le cas : la part des établissements qui embauchent dans les 6 mois suivant un licenciement pour motif personnel augmente de 1993 à 2000.

(17) On trouve désormais cette acception de la « judiciarisation » dans plusieurs publications. Par exemple, Barthélémy et Cette, *op. cit.* ; les Perspectives de l’emploi pour 2014 de l’OCDE. Le rapport d’information déposé par la Commission des finances, de l’économie générale et du contrôle budgétaire de l’Assemblée nationale, présenté par Christophe Castaner et Véronique Louwagie, du 2 octobre 2013, évoque très clairement la « *judiciarisation des licenciements collectifs* » dans ce sens. V. en particulier les pp. 17 et 18.

(18) OCDE, *Perspectives de l’emploi*, 2004.

(19) Sur ce point : Evelyne Serverin et Julie Valentin, « Licenciement et recours aux prud’hommes, questions de mesure », in Bernard Gomel, Dominique Méda et Evelyne Serverin (dir.), *L’emploi en ruptures*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires/études, 2009, pp. 121-138.

(20) Pierre Cahuc et Francis Kramarz, *De la précarité à la mobilité : vers une Sécurité sociale professionnelle*, rapport au ministre de l’Économie, des Finances et de l’Industrie et au ministre de l’Emploi, du Travail et du Dialogue social, La Documentation française, 2004.

(21) Evelyne Serverin, Julie Valentin, Thierry Kirat, Damien Sauze, Raphaël Dalmasso, « Évaluer le droit du licenciement : comparaison des droits et des procédures, mesure des actions », Revue de l’OFCE, n° 107, octobre 2008, pp. 29-64. Dans le même sens : Bernard Gomel, Dominique Méda et Evelyne Serverin, « Le licenciement pour motif économique est-il risqué en France ? », *Connaissance de l’emploi*, n° 72, septembre 2010, pp. 3-4.

3. Imprévisibilité des coûts de séparation ?

« La prévisibilité de l'indemnisation n'est pas inconnue en droit du travail » (22). En effet, dès lors qu'un licenciement, individuel ou économique, est fondé sur une cause réelle et sérieuse, le Code du travail (et les conventions collectives) prévoit clairement le quantum de l'indemnité de licenciement, les conditions du calcul de l'indemnité de congés payés et de l'indemnité compensatrice de préavis.

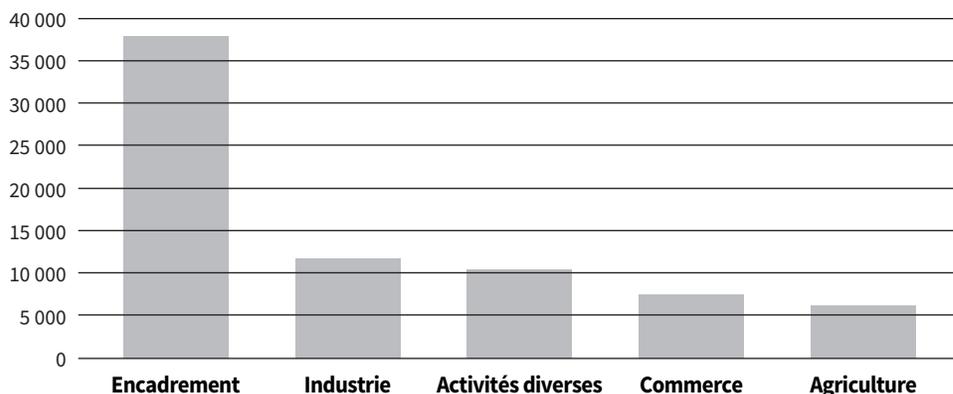
Par contre, ce qui est en partie imprévisible, c'est l'indemnité due au salarié si celui-ci a été licencié abusivement. Elle est ciblée par l'ordonnance relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail de septembre 2017, qui les plafonne, après avoir été soumises à une barémisation.

L'idée de plafonner les montants de l'indemnisation octroyée au salarié en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse est revenue de manière récurrente dans les projets de réforme du Code du travail qui se sont succédés depuis 2013 (23). Bien qu'ayant fait une apparition « éphémère » dans l'avant-projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, dit projet de loi *El Khomri*, l'idée de contrôler les indemnités prud'homales a été présente dans l'avant-projet d'accord national interprofessionnel sur la sécurisation de l'emploi de 2013, avant d'en être supprimée. Réintroduite en 2015 dans la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (dite loi *Macron*), elle a buté sur la censure du Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2015-715 du 5 août 2015. Elle est désormais prévue dans l'ordonnance précitée de septembre 2017.

Il importe de connaître la pratique des Conseils de prud'hommes. On s'en tiendra ici aux indemnités prud'homales. Une étude du ministère de la Justice sur 401 arrêts de Cours d'appel établit que, en moyenne, le montant des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse s'élève à 24.089 euros, soit 10 mois de salaire brut. Le montant moyen est de 29.044 euros pour les entreprises de plus de 10 salariés, et de 11.138 pour les entreprises de moins de 10 salariés. Dans 80 % des arrêts, les indemnités prud'homales représentent plus de 6 mois de salaire brut. Comme on pouvait s'y attendre, les montants augmentent avec l'ancienneté du salarié. En mois de salaire, un salarié ayant un à deux ans d'ancienneté obtient, en moyenne, l'équivalent de 7,7 mois de salaire. Un salarié ayant plus de vingt ans d'ancienneté obtient, en moyenne, 15,1 mois de salaire.

L'étude précitée ne distingue ni la qualification des salariés ni la taille de l'entreprise, hormis le critère de taille, de plus ou moins 10 salariés. Une étude de plus de 80 décisions de Conseils de prud'hommes (24), et non pas de Cours d'appel, permet, en premier lieu, de mesurer les indemnités allouées par section. Il s'avère que **la section « Encadrement » des Conseils de prud'hommes accorde, en moyenne, trois fois plus d'indemnités que la section « Industrie » et cinq fois plus que la section « Commerce »**. Le montant moyen décidé par la section « Encadrement » est de 37.824 €. Pour les sections « Industrie » et « Activités diverses », les montants moyens sont respectivement de 11.728 € et 10.408 €. Pour les sections « Commerce » et « Agriculture » on constate des montants moyens de 7.377 € et 6.227 € (fig 1).

Fig. 1 - Indemnités prud'homales pour rupture abusive du contrat de travail (en moyenne, par section de Conseils de prud'hommes)



(22) Barthélémy et Cette, *op. cit.*, p. 140.

(23) Gwenola Bargain et Tatiana Sachs, « La tentation du barème », *Revue de droit du travail*, n° 4, 2016, pp. 251-257.

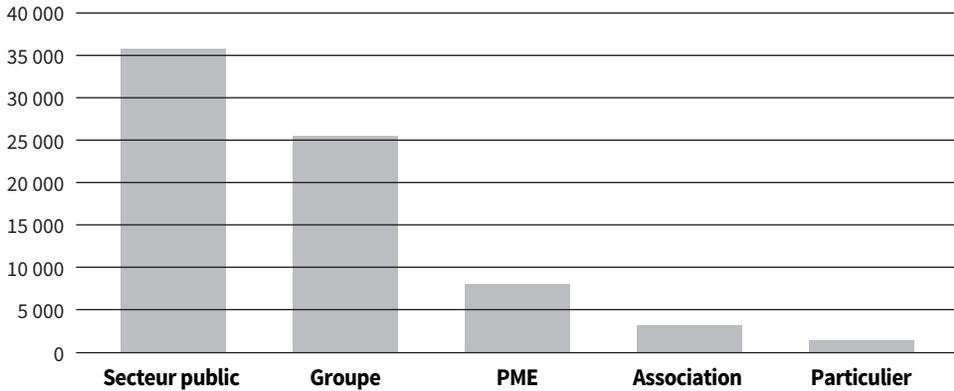
(24) Ces jugements, rendus de 1998 à 2008, ont été recueillis sur la base de données juridiques Lamyline.Reflex. Tous ont été publiés

au Lamy-Prud'hommes. Cf. Thierry Kirat, « Les indemnités prud'homales en pratique : étude de 83 jugements de Conseils de prud'hommes », *The Conversation*, 27 avril 2016. <https://theconversation.com/les-indemnitees-prudhomales-en-pratique-etude-de-83-jugements-de-conseils-de-prudhommes-58265>.

Si l'on prend en compte la taille des entreprises (en séparant celles qui appartiennent à un groupe de sociétés ou sont des TPE ou PME), il s'avère qu'en moyenne, les groupes sont condamnés à trois fois plus d'indemnités prud'homales que les PME (fig. 2).

Les indemnités prud'homales allouées à des salariés de groupes s'élèvent, en moyenne, à 35.677 €, alors que celles décidées en faveur de salariés de PME s'élèvent, en moyenne, à 8.039 €.

Fig. 2 - Indemnités prud'homales pour rupture abusive du contrat de travail (en moyenne, par type d'employeur)



En venant à la nature des emplois (cadres, ouvriers, techniciens, employés), **en moyenne, les cadres touchent trois fois plus d'indemnités que les ouvriers et techniciens, et six fois plus que les employés**, qui représentent les principaux usagers salariés des Conseils de prud'hommes. Le montant moyen d'indemnités prud'homales octroyées aux cadres est de 37.824 €. Pour les techniciens, ouvriers et employés, les montants moyens s'établissent respectivement à 13.014 €, 12.488 € et 6.379 € (fig. 3). De ce point de vue, les employés sont, en quelque sorte, six fois moins bien protégés que les cadres (parmi lesquels certains sont cadres dirigeants...). Les différences en moyenne entre les cadres et les autres salariés s'expliquent naturellement par les diffé-

rences de niveau de rémunération. Reste à préciser le nombre de mois de salaire auxquels correspond l'indemnité prud'homale. À cet égard, **on n'observe pas, en moyenne, de différence significative entre les cadres et les autres salariés en termes d'équivalents en mois de salaire des indemnités prud'homales**, du moins pour les 66 jugements qui permettent de saisir cette information (tableau 2). Pour les cadres, les employés et les techniciens, les indemnités pour licenciement abusif représentent, en moyenne, 6 mois de salaire. Par contre, on observe une nette différence selon que l'employeur est une PME ou un groupe : 5,1 mois de salaire en moyenne pour les PME, 8 mois pour les groupes.

Fig. 3 - Indemnités prud'homales pour rupture abusive du contrat de travail (en moyenne, par qualification)

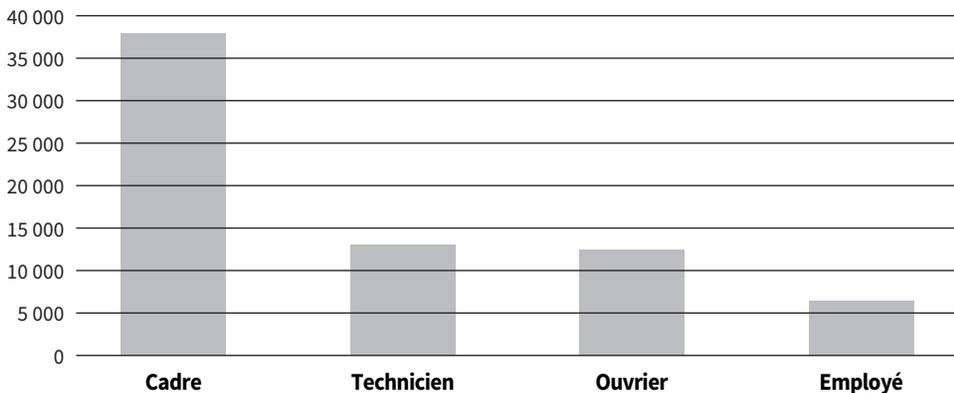


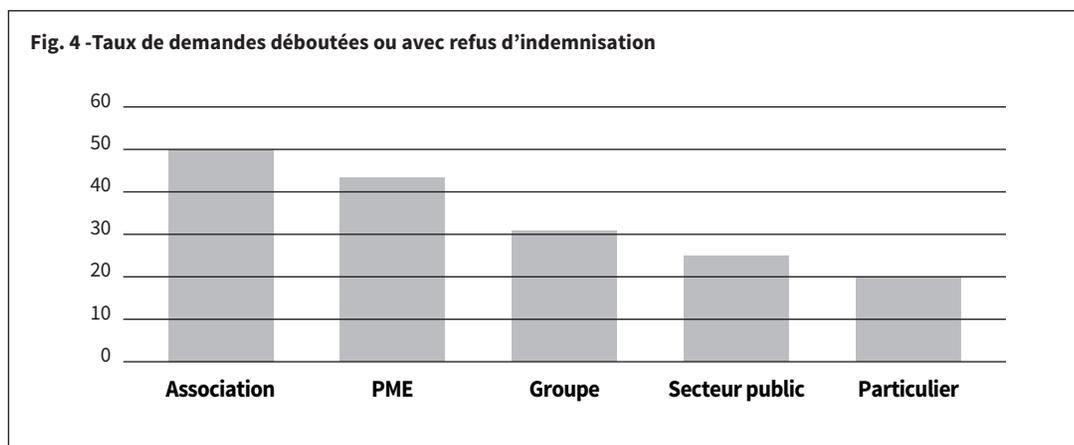
Tableau 2 – Montants moyens des indemnités prud’homales en mois de salaire

	Nombre de mois	N	Min	Max
cadre	6	8	1	12
employé du privé	6	18	0,5	12
ouvrier	8	5	3	21
technicien	6	5	4	6
PME	5,1	10	0,5	10
Groupe	8	20	1	21

Le taux de refus d’octroi d’une indemnité pour licenciement abusif est nettement plus important pour les associations et les PME que pour les groupes (fig. 4). Les Conseils de prud’hommes ne font pas droit à toutes les demandes formées par les salariés. Dans certains cas, leur demande est totalement déboutée ; dans d’autres, la juridiction

prud’homale fait droit à certaines demandes, mais refuse au salarié le bénéfice d’une indemnité pour licenciement abusif. Lorsque l’employeur est une association, la moitié seulement des demandes d’indemnités est acceptée. Pour les PME, 43 % des demandes d’indemnité sont rejetées, alors que, pour les groupes, ce taux s’élève à 31 %.

Fig. 4 - Taux de demandes déboutées ou avec refus d’indemnisation



Profitant du développement du « big data » dans le monde du droit, il est désormais possible, en quelques clics, de consulter certains sites de « jurisprudence chiffrée » en ligne sur internet. Par exemple, Dalloz met en accès libre un outil de ce type. La consultation du site Dalloz (25) sur la rubrique « licenciement abusif » dans le champ « droit social » génère automatiquement plusieurs milliers d’arrêts des Cours d’appel, assortis de statistiques : distribution des montants par tranche, nombre de mois de salaire, etc.

Pour les entreprises de plus de 11 salariés, sans autre restriction, Dalloz fournit des indications intéressantes (malgré des erreurs de l’algorithme). Sur plus de 8.000 cas, la tranche d’indemnités prud’homales dont la fréquence est la plus élevée se situe entre 10.000 et 20.000 € (32,9 % des cas). Des montants inférieurs ou égaux à 10.000 € sont alloués

dans 27 % des cas. Dans 60 % des cas, l’indemnité pour licenciement sans cause est inférieure ou égale à 20.000 €. Pour les entreprises de plus de 11 salariés, en prenant en compte l’indemnité exprimée en mois de salaire, dans 74,2 % des cas, le montant représente moins de 11 mois de salaire. Dans 50 % des cas, il représente moins de 7 mois.

L’analyse des jugements prud’homaux ne permet pas de conclure à une contrainte forte qu’exerceraient les Conseils de prud’hommes sur les PME, qui sont plus préservées, en montant moyen, en mois de salaire et en taux de rejet des demandes formées par les salariés, que les entreprises appartenant à des groupes. Les juridictions prud’homales prennent en considération la situation économique des employeurs lorsqu’elles statuent sur les demandes d’indemnité pour licenciement abusif.

(25) <http://jurisprudencechiffree.dalloz.fr>.

4. Les critiques à l'encontre du fonctionnement de l'institution prud'homale

C'est désormais le fonctionnement même de la juridiction prud'homale qui est mis en procès (26).

Ainsi, la Note de la direction générale du Trésor d'octobre 2014, déjà citée, soutient que « *le traitement des licenciements en droit du travail présente des faiblesses susceptibles de peser sur les coûts du licenciement* » (27). Bien qu'aucun chiffre, ni même une démonstration, ne soient posés à l'appui de cette affirmation, les auteurs de la note recensent ces « faiblesses » :

- a) un faible taux de conciliation prud'homale (en baisse entre 2000 et 2013, de 8 à 5,5 % (28)) ;
- b) des taux de départage élevés (en moyenne 20 % en 2011, avec des variations très importantes selon les tribunaux) ;
- c) des taux d'appel élevés, avec un taux de confirmation totale très inférieur à celui des autres juridictions ;
- d) un allongement de la durée moyenne de traitement des affaires par les Conseils de prud'hommes (12,4 mois en 2004, 15,2 mois en 2012) (29).

Laissant de côté les points b) et c), qui renvoient à une discussion juridique (30), je m'en tiendrai à la faiblesse des taux de conciliation (point a) et à la durée des procédures (point d).

Concernant le regret que les taux de conciliation soient faibles, il s'agit d'une illustration de l'aversion des économistes néo-classiques pour la justice institutionnelle. En effet, dans les théories *mainstream* du règlement des litiges (31), les modèles théoriques classiques soutiennent que les parties ont toujours avantage à négocier (le procès est assimilé à une solution non coopérative, l'arrangement à une solution coopérative). Or, la coopération donne un surplus mutuellement profitable, relativement au procès. Dès lors, si les parties vont au procès, cela est

imputable à un biais comportemental d'au moins une partie, biais exprimé en termes d'optimisme excessif. Dans les modèles plus raffinés fondés sur la théorie des jeux, relevant de l'approche stratégique, l'échec de la négociation résulte de l'existence d'asymétries d'information entre les parties (32). Ici, c'est le fait qu'une partie dispose d'une information privée (que l'autre partie ne peut recueillir). L'idéal, c'est toujours le modèle de négociation avant procès. Bref, un large courant de la science économique soutient qu'il est irrationnel d'aller au procès, et que la négociation, la conciliation sont clairement préférables.

Si l'on en vient à l'allongement de la durée moyenne de traitement des affaires, elle est largement imputable au manque de moyens consacrés à la justice en France. À cet égard, les statistiques fournies par la CEPEJ (Commission européenne pour l'efficacité de la justice (33)) sont parlantes. En France, le budget de la justice par habitant est, en 2014, de 64 euros, ce qui est le montant le plus faible parmi les pays industrialisés. Ainsi, il s'élève à 139 euros au Luxembourg, 122 aux Pays-Bas, 85,5 en Belgique, 72,6 en Italie, 219 en Suisse, 78 en Norvège, 103 en Suède... (34).

Conclusion

Il est très certainement abusif de considérer que le Code du travail est un modèle de rigidité. Si l'on fait l'inventaire des réformes successives du droit du travail depuis quelques décennies, à commencer par la suppression de l'autorisation administrative de licenciement en 1986, la liste des lois ayant flexibilisé le marché du travail s'avère longue : institution de la rupture conventionnelle en 2008, centrage des négociations sociales au niveau des accords d'entreprise (loi *Bertrand*, janvier 2008), accords de maintien dans l'emploi, limitation des possibilités de recours au juge sur les plans de sauvegarde de l'emploi

(26) Sur ce point, cf. Evelyne Serverin, « L'économie préempte la justice prud'homale », *Alternatives économiques*, 9 décembre 2014.

(27) Trésor-Eco, préc. p. 7.

(28) Données du rapport de M. Alain Lacabarats à Madame la Garde des Sceaux, ministre de la Justice, *L'avenir des juridictions du travail : vers un tribunal prud'homal du XXI^{ème} siècle*, Rapport, juillet 2014.

(29) Le diagnostic posé par la Note du Trésor est reprise *in extenso* par Barthélémy et Cette, op. cit., qui développent un argumentaire en faveur de l'arbitrage (pp. 110 et s.). Ils ajoutent que l'absence de juges professionnels au sein des juridictions du travail « peut ... être source d'une certaine insécurité juridique, renforcée par la très forte complexité du droit du travail » (p. 103).

(30) Cette discussion a été menée dans ces colonnes par Thierry Durand et Patrick Henriot, « Fables et légendes prud'homales », *Dr. Ouv.* 2014 p. 171.

(31) Éric Langlais et Nathalie Chappe, « Analyse économique de la résolution des litiges », in Bruno Deffains et Éric Langlais (dir.), *Analyse économique du droit. Principes, méthodes, résultats*, De Boeck, coll. Ouvertures économiques, 2009, pp. 105-152.

(32) *Ibid.*, p. 127.

(33) Qui est une commission du Conseil de l'Europe.

(34) Données de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice : <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2016/STAT/default.asp>

(loi de 2013 relative à la sécurisation de l'emploi), extension du travail dominical et réforme de la justice prud'homale par le renforcement de la médiation conventionnelle préalable (loi *Macron*, août 2015).

Un grand nombre d'études concluent, à cet égard, que ces réformes successives n'ont pas eu d'effets significatifs sur la réduction du chômage (35). À ce propos, une Note de conjoncture de l'INSEE, publiée au début de l'été 2017, affirme que la règlemen-

tation du marché de l'emploi n'intervient qu'en 4^{ème} position des freins à l'embauche tels que les considèrent les 10.000 chefs d'entreprise enquêtés (citée par 18 % d'entre eux), bien derrière les incertitudes sur la situation économique (28 %), la difficulté à trouver de la main-d'œuvre compétente (27 %) et les coûts trop élevés de l'emploi (23 %) (36).

Thierry Kirat

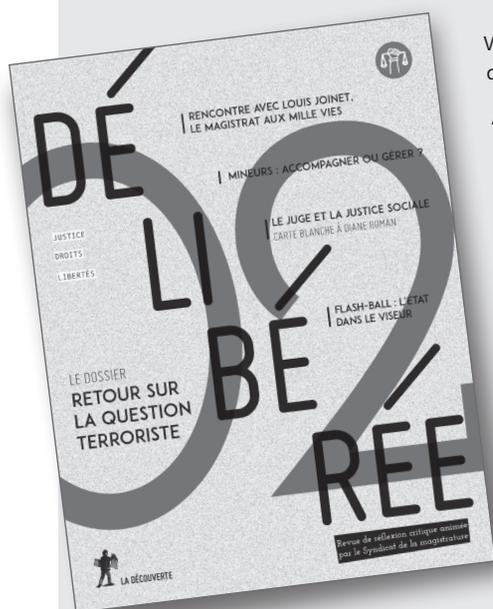
(35) Par ex. Anne Eydoux et Anne Frérel, *Réformes du marché du travail : des réformes contre l'emploi*, Document des économistes atterrés, janvier 2016, 42 p.

(36) Insee, Note de conjoncture, juin 2017.

Nous avons le plaisir de vous annoncer
la parution du deuxième numéro de

DÉLIBÉRÉE

*la revue de réflexion sur la justice coéditée par le Syndicat
de la magistrature et La Découverte*



Vous y trouverez les contributions de magistrats et d'avocats, ainsi que d'une dizaine d'universitaires et chercheurs.

Après Jean-Marie Delarue, la rédaction a donné carte blanche à la professeure de droit Diane Roman, qui s'est intéressée aux rapports entre « le juge et la justice sociale ».

Le dossier portera sur le terrorisme, avec une interview du journaliste David Thomson (récemment récompensé par le prix Albert-Londres pour son livre *Les Revenants* sur les jihadistes de retour de la zone irako-syrienne), deux éclairages historiques et des textes sur la théorie du « droit pénal de l'ennemi », l'infraction d'association de malfaiteurs terroriste, l'instauration d'un régime spécial de l'aménagement des peines, le traitement des « notes blanches » par les juridictions administratives et la prise en charge des personnes « radicalisées » en milieu carcéral.

Vous pourrez y lire également des contributions sur la justice des mineurs, l'expérience des juridictions hybrides au Kosovo, les premiers résultats d'une recherche franco-allemande sur les attitudes punitives ou encore la théorie juridique des « accommodements raisonnables ».

Le magistrat honoraire Louis Joinet (ancien éducateur de rue, cofondateur du SM, conseiller à Matignon puis à l'Élysée, directeur de la CNIL, expert auprès de l'ONU...) succède à l'écrivain Ivan Jablonka en « audition libre ».

Pour vous abonner à *Délibérée* :

<https://abo.alternatives-economiques.fr/abonnements/deliberee>

La revue est également disponible en librairie (sur commande) et sur cainr.info

Délibérée est un espace de réflexion autonome et ouvert. N'hésitez pas à transmettre à la rédaction (revuedeliberee@gmail.com) vos critiques, suggestions, contributions, questions, etc.

Bonne lecture !