

La rupture du contrat de travail

Voyage itinérant dans les droits du licenciement – Allemagne, Italie, au pays du GR-PACT

par Morgan SWEENEY, Maître de conférences, PSL, Paris-Dauphine, CR2D

PLAN

I. Le licenciement individuel

- A. Procédure
- B. La justification du licenciement

II. Le licenciement économique

- A. Les motifs économiques
- B. Les licenciements collectifs

III. Les sanctions et le rôle du juge

Ces quelques lignes sont une invitation au voyage. L'itinéraire proposé suit les frontières nationales pour explorer les modèles allemand et italien dont les équilibres en matière de droit du licenciement diffèrent substantiellement du modèle français, avant de se tourner vers le pays imaginaire du GR-PACT (1) et de sa proposition de Code du travail (2). À l'heure où l'encre de la dernière réforme n'est pas encore sèche et au moment où le nouveau Gouvernement en annonce une encore plus retentissante, il apparaît utile de comparer le droit français à d'autres systèmes et d'interroger les équilibres entre le pouvoir d'organisation de l'employeur, sans cesse valorisé, voire parfois sanctifié, par les réformes structurelles au nom de l'efficacité économique (3), et les droits des salariés, notamment le droit à l'emploi, souvent négligés (4). Cet itinéraire constitue un défi au discours qui présente comme inéluctable et indispensable la réforme du montant des dommages et intérêts en cas de licenciement injustifié et de licenciement économique. À rebours de cette logique, le GR-PACT propose un code résolument plus court que le code actuel, à l'écriture qui se veut accessible et plus protecteur du salarié. Les modèles italien et allemand étaient présentés en 2015 par l'OCDE comme plus rigides que le droit du travail français à la même époque (5), sans que, pour autant, outre-Rhin, cela affecte son efficacité économique (6)... Les règles applicables au licenciement individuel, qui constitue bien souvent le socle commun du régime du licenciement (I), et le licenciement collectif économique, première cible des réformes « structurelles » (II), ne peuvent être comprises sans les sanctions qui y sont attachées et qui en déterminent la vigueur (III).

I. Le licenciement individuel

La décision de l'employeur de rompre unilatéralement le contrat est encadrée (parfois) par une procédure (A) et, sur le fond, par des motifs qui l'ont

conduit à prendre cette décision (B). Cette distinction classique, commune à tous les systèmes étudiés, ne recouvre néanmoins pas les mêmes équilibres.

(1) Groupe de recherche pour un autre Code du travail, auquel l'auteur de ces lignes a participé.

(2) E. Dockès (dir.) et *ali*, *Proposition de Code du travail*, Dalloz, Paris, 2017. Le contenu de la proposition est consultable (gratuitement) sur <https://pct.u-paris10.fr/>

(3) Pour une critique des réformes du droit du licenciement, voir I. Schömann, « Réformes du droit du licenciement en Europe ; genèse et impact d'une flexibilisation programmée et exacerbée par la crise », *RDT* 2015, p. 64 et p. 134 (deux parties). Pour une étude critique de la flexibilité déclinée dans les droits nationaux du travail, P. Lokiec et S. Robin-Olivier, « Le discours sur la flexibilité, le droit du travail et l'emploi », *RDT* 2006, p. 48.

(4) Les objectifs des réformes « structurelles » sont les suivants : assouplir les règles relatives au délai de préavis, modifier l'obligation de notification, diminuer les indemnités de licenciement et limiter le droit de réclamer une compensation ou

une réintégration et/ou la possibilité de recourir à des procédures de règlement extrajudiciaire des litiges et enfin réorganiser l'accès aux tribunaux ; voir I. Schömann, préc.

(5) Les indicateurs de l'OCDE se trouvent sur <http://www.oecd.org/fr/emploi/emp/lesindicateursdelocdesurlaprotectiondelemploi.htm>. Pour une critique de ces indicateurs : Severin et *ali*, « Évaluer le droit du licenciement. Comparaison des droits et des procédures, mesure des actions », *Revue de l'OFCE*, 2008, n° 107, p. 1.

(6) L'Allemagne a connu des « réformes structurelles » au travers des réformes dites *Hartz* – un ensemble de quatre lois entrées en vigueur entre le 1^{er} janvier 2003 et le 1^{er} janvier 2005. Ces réformes visent essentiellement l'assurance-chômage et plus marginalement le droit du licenciement, voir not. I. Bourgeois (dir.) et *ali*, *Le modèle social allemand en mutation*, CIRAC, 2005.

A. Procédure

Le régime applicable à la procédure de licenciement voit s'opposer les systèmes tournés vers le salarié qui risque d'être licencié (Italie, GR-PACT) à celui de l'Allemagne, qui privilégie l'intervention de la représentation du personnel.

1. Italie

La procédure de licenciement en Italie se déroule en deux étapes. Tout d'abord, l'employeur doit notifier au salarié qu'un licenciement est envisagé à son encontre. Le salarié a alors, selon le motif du licenciement, 5 à 7 jours pour se justifier. À l'extinction du délai, l'employeur peut notifier par écrit le licenciement, point de départ du préavis.

Le droit italien n'impose pas à l'employeur une confrontation des points de vue avec le salarié, comme en droit français. Le droit italien ménage plus modestement une période tampon entre le point de départ de la procédure et la décision finale de licencier, à l'occasion de laquelle le salarié peut faire connaître son point de vue pour tenter d'infléchir la décision de l'employeur.

Le droit italien, posant des conditions relativement modestes quant aux modalités de la procédure, érigeait néanmoins une sanction forte : le non-respect de la procédure rend le licenciement invalide et donnait lieu, avant 2015, à nullité – aujourd'hui, plus modestement, à indemnité.

2. Allemagne

L'employeur allemand n'a pas de procédure à mener à l'égard du salarié qu'il envisage de licencier. Il n'a ni d'entretien préalable à organiser, ni à énoncer dans la lettre de licenciement les motifs qui fondent sa décision. Les juges allemands exigent plus simplement que la volonté de rompre le contrat de travail soit claire et non équivoque. La lettre de licenciement donne droit au salarié à un préavis.

Cette absence d'exigence procédurale est néanmoins trompeuse. L'employeur allemand doit, en effet, consulter le conseil d'établissement dans une procédure « d'information-consultation ». En pratique, toute réserve du conseil d'établissement sur le licenciement présage d'un contentieux difficile à gagner pour l'employeur si le salarié

porte le litige devant les tribunaux (7). Quand bien même la décision de licencier les salariés ne fait pas partie des domaines de « co-détermination » entre l'employeur et conseil d'établissement, ce dernier a néanmoins un instrument pour obliger l'employeur à s'ouvrir au dialogue, y compris sur le fond de la décision. Contrairement à la grammaire des dernières réformes françaises (voire celles à venir...), le modèle allemand montre comment le risque contentieux pour l'employeur peut stimuler le « dialogue social ».

En outre, pèse sur l'employeur une obligation de reclassement (8) pour tous types de licenciements, y compris disciplinaires ! C'est précisément sur cette question que le conseil d'établissement est consulté (9). L'employeur allemand doit alors envisager de reclasser, et donc éventuellement garder dans ses effectifs, un salarié qui aurait commis une faute. Cette obligation de reclassement emporte que le licenciement, quelle que soit sa nature, soit l'ultime mesure à l'égard du salarié – il n'existe aucune alternative au licenciement.

Ainsi, l'absence de formalisation d'un échange entre le salarié et l'employeur en amont de la décision de licencier est-elle compensée par le rapport de force que le conseil d'établissement peut imposer et une obligation de reclassement étendue.

3. Au pays du GR-PACT

Les auteurs de la « Proposition de Code du travail » ont entendu renforcer le droit de la défense du salarié et proposent quelques innovations à introduire dans la procédure de licenciement française (10), dont l'architecture entre convocation à l'entretien préalable, tenue de l'entretien et notification du licenciement est préservée.

Une première innovation est de conférer au salarié le libre choix des personnes qui l'assistent au cours de l'entretien préalable (11). Il s'agit essentiellement de permettre au salarié de recourir à une personne extérieure à l'entreprise, plus neutre et étrangère aux conflits internes qui peuvent se jouer autour du licenciement (12).

Une seconde innovation consiste à renforcer les droits de la défense du salarié au cours de la procédure, afin qu'il puisse utilement répondre aux arguments développés par l'employeur lors de l'entretien préalable. Ainsi, l'employeur doit-il préciser

(7) M. Henssler, « Le motif économique de licenciement », *RDT* 2010, p. 664.

(8) § 1-II phrase 2, 1 b KSchG. P. Rémy, « Le reclassement – Allemagne », 2010, p. 390.

(9) L'obligation de reclassement existe même en l'absence de conseil d'établissement ou d'opposition de sa part, cf. P. Rémy, « Le reclassement – Allemagne », *RDT* 2010, p. 390.

(10) Art. L. 26-1 à 8, E. Dockès (dir.) et *ali*, *Proposition de Code du travail*, Dalloz, Paris, 2017, p. 56.

(11) L. 26-3, *op. cit.*

(12) Une telle possibilité n'est pas ouverte aujourd'hui dans le Code du travail français lorsqu'il existe au moins un représentant des salariés dans l'entreprise, L. 1232-4 du Code du travail.

dans la lettre de convocation à l'entretien préalable « *les motifs de la décision envisagée* » (13). L'employeur ne pourra pas invoquer d'autres motifs que ceux énoncés dans la lettre de convocation à l'entretien préalable (14). Une telle contrainte permet au salarié de connaître à l'avance les thèmes qui seront abordés lors de l'entretien préalable. En outre, le salarié a le droit, avant l'entretien préalable, d'accéder aux pièces sur lesquelles l'employeur entend fonder le licenciement éventuel (15).

Ce premier tour d'horizon permet de souligner le rôle relatif qui peut être conféré (ou non) au salarié dans la procédure de licenciement. Néanmoins, dans chacun des systèmes, le licenciement n'est pas une décision qui peut être prise et mise en œuvre immédiatement. Il existe à chaque fois un délai, une procédure qui s'étend dans le temps, avant que la décision de licencier ne puisse être prise. En outre, le préavis qui suit la décision de licencier sert « d'amortisseur », permettant au salarié de jouir d'un certain temps avant de cesser de travailler définitivement pour son employeur. Néanmoins, le droit français actuel présente l'avantage d'obliger la confrontation des points de vue, afin que l'employeur ait toutes les informations en main avant de prendre sa décision.

B. La justification du licenciement

Selon l'article 30 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, « *Tout travailleur a droit à une protection contre tout licenciement injustifié (...)* » (16). L'exigence de justification s'impose à chacun des systèmes considérés, mais diffère substantiellement de l'un à l'autre.

1. 1. L'Italie

Le droit italien du licenciement est articulé autour du droit au préavis. Les Italiens distinguent la « *juste cause* », qui correspond peu ou prou au licenciement pour faute grave en droit français, auquel cas le salarié licencié n'a pas le droit au préavis, et le « *motif justifié* », qui donne droit au préavis. Au sein de cette seconde catégorie, la doctrine distingue entre les motifs subjectifs, qui tiennent à la personne du salarié, au regard de son comportement ou de l'exécution de son travail, et les motifs objectifs, relatifs à l'activité productive, l'organisation du travail et au bon fonctionnement de l'entreprise. La jurispru-

dence et la doctrine italienne sont parfois confrontées au problème de frontière entre motifs subjectifs et objectifs. En particulier, lorsqu'il est reproché au salarié un rendement insuffisant, parfois celui-ci est imputé au salarié au regard de ses capacités, d'autres fois au regard du manque à gagner pour l'entreprise (17).

2. L'Allemagne

Le contrôle applicable à la justification du licenciement varie selon la taille de l'établissement (et non de l'entreprise) dans lequel travaille le salarié (18).

Certains motifs de licenciement sont interdits, quelle que soit la taille de l'établissement. Il en est ainsi, essentiellement, des licenciements discriminatoires, décidés en violation du régime applicable au transfert d'entreprise ou déloyaux.

En revanche, la loi de « protection contre le licenciement » (19) ne s'applique qu'à la double condition que le salarié ait six mois d'ancienneté ou plus et que l'établissement compte au moins 10 salariés. En dehors de ces conditions, les salariés ne jouissent que de la protection contre les motifs « interdits ».

Lorsque la loi de « protection contre le licenciement » est applicable, l'employeur doit respecter trois différents types d'obligations. Tout d'abord, il doit se fonder sur un motif légal énoncé par la loi : un comportement tel du salarié qu'il exonère l'employeur d'accorder son préavis au salarié (équivalent de la faute grave en droit français et violation d'une obligation substantielle par le salarié) ; un motif qui tient à la personne du salarié (maladie ou incarcération) et les « *nécessités urgentes liées à l'établissement* », qui correspondent aux motifs économiques. Ensuite, le licenciement doit être « *socialement justifié* », c'est-à-dire qu'il n'existe matériellement aucune alternative au licenciement, tel un reclassement. Enfin, l'employeur doit expliquer sa décision de licencier dans le cadre d'une procédure d'information-consultation devant le conseil d'établissement. Dans un délai d'une semaine à compter de la réunion avec l'employeur, le conseil peut formaliser une opposition sur l'un des cinq points suivants :

- contestation des critères légaux d'ordre de licenciement ;
- sélection sociale du salarié ;

(13) L. 26-4, *op. cit.*

(14) L. 26-10, *op. cit.* Bien évidemment, il est loisible à l'employeur de ne fonder le licenciement, finalement, que sur une partie des motifs mentionnés dans la lettre de convocation.

(15) L. 26-4, *op. cit.* Un tel droit d'accès est directement inspiré du droit applicable aux agents publics en matière disciplinaire.

(16) La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, adoptée le 7 décembre 2000.

(17) S. Nadalet, « Regards. Italie : la réforme du droit du licenciement », *RDT* 2012, p. 514.

(18) M. Henssler, « Le motif économique de licenciement », *RDT* 2010, p. 664. Sur le licenciement en général, F. Kessler, C. Marraud et F. Géa (dir.), *Le licenciement en droit français et allemand*, PU de Strasbourg, 2000.

(19) Kündigungsschutzgesetz (KSchG).

- respect des « directives de choix » co-déterminées par l'employeur et le conseil d'établissement ;
- adaptation du salarié à l'évolution de son poste (formation, etc.) ;
- proposition de modification du contrat aux fins de reclassement (20).

L'intervention du conseil d'établissement concerne essentiellement deux questions : celle de la sélection du salarié licencié et celle des mesures alternatives au licenciement. Un tel contrôle du conseil d'établissement vise à vérifier que le licenciement constitue bien l'ultime mesure.

3. Au pays du GR-PACT

Le droit du licenciement est l'un des thèmes qui a fait le plus débat au sein du GR-PACT. Il a finalement

été décidé, en hommage à l'avancée qu'elle représente en droit interne français, de conserver la formule de cause réelle et sérieuse (21). L'une des innovations, néanmoins, est sur le plan de la justification du licenciement de définir un dispositif commun aux licenciements personnels et économiques. La principale innovation proposée en la matière est d'avoir arrêté une liste limitative de causes sérieuses de licenciement pour motif personnel (22).

Une différence essentielle entre les droits italien et français (GR-PACT compris), d'un côté, et allemand, de l'autre, est que les premiers sont focalisés sur la détermination, par des standards juridiques, des motifs légalement admissibles, alors que le second est polarisé sur le caractère « socialement » acceptable du licenciement – qui doit être l'ultime mesure.

II. Le licenciement économique

En matière de licenciement économique, les modèles italien (avant 2015) et allemand visent à ménager le rapport de force entre employeur et représentants du personnel en matière de licenciements collectifs pour motif économique (B) et à cantonner le contrôle des juges sur les motifs économiques des licenciements individuels.

A. Les motifs économiques

Dans les modèles étudiés, les motifs économiques, malgré des variations terminologiques, semblent recouper les mêmes situations, tout en ménageant une grande place au choix de gestion de l'employeur. Le GR-PACT est à rebours d'une telle position.

1. L'Italie

La loi italienne énonce limitativement les motifs « objectifs » qui peuvent fonder un licenciement économique : les « *raisons inhérentes à l'activité productive, à l'organisation du travail et au fonctionnement régulier de celui-ci* ». Le contrôle des juges est minimal : ils ne contrôlent que l'existence des raisons avancées et le lien de causalité entre le motif énoncé et la suppression d'emploi (23). Les juges excluent néanmoins des motifs « objectifs » ceux liés à une pure réduction de coûts ou les licenciements qui visent seulement à accroître les profits (24). Le juge, par son

contrôle minimal, tend à faire de l'employeur italien le seul juge des choix de gestion (25).

L'obligation de reclassement fait partie intégrante de la justification du licenciement (26). Néanmoins, le cadre du reclassement se fait au seul niveau de l'entreprise et non du groupe, sauf à démontrer que plusieurs entités participent en fait à un centre unique d'imputation, ce qui est rare.

2. L'Allemagne

Le droit allemand du travail ne prévoit qu'un seul motif d'ordre économique : les « *nécessités urgentes liées à l'établissement* ». La doctrine en distingue néanmoins deux sous-catégories (27). Tout d'abord, les motifs internes, qui relèvent de la liberté d'entreprendre, ne nécessitent pas de justification et peuvent consister en une réduction de coûts. Les juges opèrent un contrôle minimal et vérifient en premier lieu que le licenciement n'est pas un moyen détourné pour réembaucher ensuite à meilleur prix. Les juges vérifient alors que l'activité de l'entreprise est en capacité de perdurer avec l'effectif réduit. Ensuite, lorsque le motif avancé par l'employeur lui est externe (état du marché), la charge de la preuve pèse sur lui. Le droit allemand distingue donc les motifs de « pur » choix de gestion, les motifs internes, pour lesquels priorité est donnée à l'employeur sur le juge,

(20) Voir *infra*.

(21) Art. L. 26-13 à -21, *op. cit.*

(22) L. 26-20, *op. cit.*

(23) S. Nadalet, « Le reclassement », *RDT* 2010, p. 390.

(24) A. Perrulli, « Entretiens sur le droit du licenciement pour motif économique - Italie », *RDT* 2013, p. 425.

(25) A. Perrulli, *préc.*

(26) Les juges italiens visent l'expression de « repêchage » et non de reclassement. Cette obligation emporterait seulement de rechercher les postes vacants et non une modification de l'organisation de l'entreprise, cf. S. Nadalet, « Le reclassement », *RDT* 2010, p. 390.

(27) M. Henssler, « Entretien sur le droit du licenciement pour motif économique », *RDT* 2013, p. 129.

des motifs objectifs pour lesquels l'employeur doit apporter la preuve de la « contrainte » qui pèse sur lui.

Dans le droit allemand, le contrôle ne pèse pas tant sur les motifs du licenciement que sur sa mise en œuvre. En particulier, les obligations de « sélection sociale » et de reclassement (28). La première repose sur les « directives de choix » co-déterminées par l'employeur et le conseil d'établissement. S'ajoute à ces directives les quatre critères légaux dans la sélection des salariés licenciés : l'âge ; l'ancienneté ; les charges de famille ; le handicap. Le législateur a prévu deux exceptions originales à ces critères légaux, qui permettent à l'employeur de conserver des salariés qu'il aurait dû normalement licencier – il s'agit des salariés de « l'Olympe » (29). L'employeur peut ainsi conserver ceux dont il prouve que leurs compétences sont indispensables à l'établissement. L'employeur peut, en outre, vouloir conserver un certain équilibre dans la population salariée de l'établissement et préserver, par exemple, des salariés « jeunes » pour abaisser l'âge moyen dans l'établissement. Un licenciement prononcé en violation d'une directive de choix ou de l'un des critères légaux est sans effet, c'est-à-dire nul (30).

Par ailleurs, l'obligation de reclassement, c'est-à-dire la recherche d'un emploi équivalent vacant, doit être accomplie au niveau de l'entreprise et non au seul niveau de l'établissement. En revanche, le droit allemand n'impose pas de rechercher un reclassement au niveau du groupe.

3. Au pays du GR-PACT

Il est proposé, dans cet ouvrage, de revenir à l'architecture du droit du licenciement économique avant 2013 en France. Les auteurs reprennent les motifs énoncés limitativement dans la loi et la jurisprudence d'alors, en en restreignant certains. En particulier, le motif dégagé par la jurisprudence de la réorganisation au nom de la sauvegarde de la compétitivité devient « *l'anticipation raisonnable de difficultés économiques qui causeraient des licenciements ultérieurs plus importants* » (31). Une telle rédaction présente l'avantage d'obliger l'employeur à rendre compte de l'anticipation sur laquelle il fonde sa décision, mais surtout de ménager un équilibre entre liberté d'entreprendre et droit à l'emploi : les licenciements économiques ne seront justifiés qu'à condition

de démontrer que le choix de l'employeur aujourd'hui devrait mener, à terme, à procéder au moins de licenciements possibles.

Les auteurs proposent également de placer les obligations de reclassement, d'ordre des licenciements et d'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi suffisant sur le même plan : la violation de l'une d'elles rend le licenciement nul (32).

Dans la perspective du droit à l'emploi des salariés, particulièrement de leur droit à rester en emploi, l'obligation de reclassement est renforcée. Contrairement aux systèmes allemand et italien, il est proposé que le reclassement se fasse non seulement au niveau de « *l'établissement, l'entreprise et le groupe* », mais également « *dans d'autres entreprises auxquelles l'employeur est lié et au sein desquelles un reclassement peut être envisagé* » (33). Cette proposition invite à dépasser le cadre des liens capitalistiques existant entre les entreprises afin de saisir la réalité de l'organisation industrielle et économique et de la sphère d'influence de l'employeur sur les acteurs économiques qui l'entourent (fournisseurs, distributeurs, etc.).

Il existe, en matière de licenciement économique, une opposition franche entre les modèles : les systèmes allemand et italien ménagent une grande marge d'appréciation à l'employeur au nom de la liberté d'entreprendre, alors que, dans la « Proposition de Code du travail », cette liberté est conciliée avec un droit à l'emploi plus substantiel. Pour la même raison, les auteurs du GR-PACT proposent une obligation de reclassement plus vigoureuse que les deux autres modèles étudiés.

B. Les licenciements collectifs

En matière de licenciements collectifs, les modèles italien et allemand recherchent des solutions collectives reléguant le juge à l'arrière-plan (34). Il s'agit essentiellement de pouvoir (ré)agir vite. Le GR-PACT s'en tient pour l'essentiel au modèle français avant 2013 de contrôle *a posteriori* par le juge.

1. L'Italie

En Italie, le régime des licenciements collectifs est applicable lorsque l'employeur envisage cinq licenciements sur les 120 prochains jours (35).

(28) P. Rémy, « Le reclassement – Allemagne », *RDT* 2010, p. 390.

(29) M. Henssler, « Le motif économique de licenciement », *RDT* 2010, p. 664.

(30) M. Henssler, « Le motif économique de licenciement », *RDT* 2010, p. 664. La charge de la preuve de l'irrégularité de la sélection sociale, sur le fondement d'une directive de choix ou d'un critère légal, pèse sur le salarié licencié.

(31) L. 26-18, *op. cit.*

(32) L. 28-15, *op. cit.*

(33) L. 28-16, *op. cit.*

(34) Pour une approche comparatiste plus large voir *Premières informations et premières synthèses de la Dares*, août 2002, n° 35.3.

(35) Dans un établissement de plus de 15 salariés.

Le traitement des licenciements collectifs se fait, en premier lieu, par le régime du chômage partiel, qui permet à l'employeur de réduire le nombre d'heures travaillées ou le nombre de salariés au travail. La perte de salaire est compensée par une caisse dénommée « *Cassa Integrazione Gaudagni* » (CIG) (36). Deux situations conviennent d'être distinguées : soit il s'agit d'événements conjoncturels et transitoires, non imputables à l'employeur, la prise en charge du chômage partiel sera de 3 mois (37) ; soit il s'agit d'un événement « structurel » qui tient à l'organisation de l'entreprise, d'une crise importante du secteur ou sur le territoire ou encore d'une liquidation ou redressement de l'entreprise, alors la prise en charge sera plus longue. Les organisations syndicales interviennent dans le processus pour accorder ou non l'aide (38). Le système de chômage partiel a été conçu pour permettre aux entreprises de se réorganiser et tenter d'éviter les destructions d'emplois.

Durant la procédure structurelle, l'employeur peut initier la procédure de licenciements collectifs. Il peut mettre à profit ce temps indemnisé pour évaluer les salariés en « surnombre ». Lorsque l'employeur entame la procédure de licenciements collectifs, une première phase de conciliation avec les organisations syndicales représentatives et les organisations patronales représentatives doit être respectée (39). L'employeur n'est donc pas seul face aux organisations syndicales. L'implication des organisations patronales montre qu'il ne s'agit pas de représenter l'employeur en cause, mais l'ensemble des employeurs. La question de l'emploi dans le secteur ou la localité dépasse les intérêts de l'employeur et des salariés de l'entreprise. Les acteurs disposent de quarante-cinq jours pour se mettre d'accord sur une conciliation. À défaut de conciliation dans ce délai, l'autorité administrative est amenée à intervenir pour définir les mesures à prendre.

Le droit italien ne connaît de l'ordre des licenciements que dans le cadre des licenciements collectifs.

Les critères sont, en principe, définis dans un accord collectif, à défaut la loi prévoit que l'employeur doit prendre en compte les charges de famille, l'ancienneté et, de manière plus originale, les « *nécessités technico-administrative et organisationnelle* ».

Dans le cadre des licenciements collectifs, les juges se refusent de contrôler la justification et les reclassements, car ils estiment que cette fonction relève des organisations syndicales (40).

2. L'Allemagne

En Allemagne, le traitement des licenciements collectifs s'effectue dans le cadre du dialogue entre l'employeur et le conseil d'établissement (41). Ce dernier peut se saisir des difficultés économiques rencontrées pour imposer le recours au chômage partiel (42).

Le conseil d'établissement doit être informé et consulté sur le plan économique. En particulier, il doit être consulté sur la « *modification de l'établissement* ». Quant aux mesures à destination des salariés au regard de leur emploi – ce qui correspond au plan de sauvegarde de l'emploi, mais qui consiste essentiellement, en pratique, à la détermination des indemnités, elles relèvent du pouvoir de co-détermination du conseil d'établissement (43).

Les droits allemand et italien ont en commun de mettre en place des procédures, certes différentes dans leurs modalités, qui font intervenir des représentants du personnel pour déterminer les mesures propres à éviter les licenciements (en particulier le recours au chômage partiel) et le traitement des licenciements (ordre, indemnités, etc.).

3. Au pays du GR-PACT

Les membres du GR-PACT invitent à reprendre le seuil de cinq salariés (sur trente jours) pour l'application du régime du licenciement collectif, à l'image de l'Allemagne et de l'Italie. Le régime proposé est articulé essentiellement autour de l'élaboration du

(36) R. Dalmasso, « Le retour à l'autorisation administrative pour l'attribution de l'allocation spécifique de chômage partiel : quelle incidence sur le licenciement économique ? », *RDT* 2012, p.641 ; M. Bisignano, « Contester, retarder ou empêcher les licenciements via le chômage partiel ? Usages syndicaux de la *Cassa Integrazione Guadagni* en Italie, *Travail et emploi*, n° 137, 2014, p. 69.

(37) Exceptionnellement jusqu'à 12 mois. Le salarié bénéficie d'un maintien de 80 % de son salaire. Voir A. Perrulli, « Entretiens sur le droit du licenciement pour motif économique – Italie », *RDT* 2013, p. 425.

(38) M. Bisignano, « Contester, retarder ou empêcher les licenciements via le chômage partiel ? Usages syndicaux de la *Cassa Integrazione Guadagni* en Italie, *Travail et emploi*, n° 137, 2014, p. 69.

(39) A. Perrulli, « Entretiens sur le droit du licenciement pour motif économique – Italie », *RDT* 2013, p. 425.

(40) S. Nadalet, « Le reclassement », *RDT* 2010, p. 390.

(41) Le régime des licenciements économiques collectifs s'applique lorsque l'employeur, dans les trente jours, envisage soit 5 licenciements dans un établissement de 20 à 59 salariés, soit 10 % ou 25 licenciements dans les établissements de 60 à 499 salariés, soit, enfin, 30 licenciements dans les établissements de plus de 500 salariés.

(42) M. Henssler, « Le motif économique de licenciement », *RDT* 2010, p. 664.

(43) Le plan de sauvegarde de l'emploi peut être imposé par l'instance d'arbitrage en cas de désaccord, cf. M. Henssler, « Le motif économique de licenciement », *RDT* 2010, p. 664. Les indemnités peuvent être refusées aux salariés qui auraient décliné une offre de reclassement, cf. P. Rémy, « Le reclassement – Allemagne », *RDT* 2010, p. 390.

plan de sauvegarde de l'emploi, qui peut entièrement être déterminé par accord collectif (44).

Les auteurs proposent de réinstaurer la chronologie des consultations du comité du personnel (45). En

outre, le juge doit pouvoir annuler la procédure d'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi lorsque le licenciement économique est dépourvu de cause réelle et sérieuse *ab initio* (46).

III. Les sanctions et le rôle du juge

Parmi les systèmes étudiés, deux modèles s'opposent : soit la sanction est en nature, fondée sur la nullité et la réintégration ; soit la sanction est indemnitaire.

Le droit allemand s'inscrit pleinement dans le premier modèle. Si les juges estiment le licenciement mal fondé, le salarié doit être réintégré dans son emploi (47). Le salarié doit retrouver l'emploi qu'il occupait avant le licenciement – c'est un droit de « continuer » son travail et non un reclassement sur un emploi équivalent (48). Poussant la logique jusqu'au bout, le contrat étant considéré comme n'ayant jamais été rompu, le salarié doit revenir dans l'entreprise et ne peut choisir l'option d'une indemnité. Le salarié a droit, en outre, au paiement des salaires de la fin du préavis jusqu'à la réintégration dans l'entreprise.

Afin d'adoucir les rigueurs d'un tel dispositif (49), le législateur allemand a enfermé le droit du salarié à contester son licenciement dans un délai très court de trois semaines (50). En outre, dans le cas où le conseil d'établissement se serait opposé au licenciement (51), les juges, s'ils estiment, dans une procédure accélérée, le licenciement « *manifestement* » injustifié, peuvent ordonner la réintégration du salarié jusqu'au prononcé de la décision définitive, sauf si des intérêts « *supérieurs* » de protection de l'entreprise s'y opposent. Dans ce cas, le montant des salaires dûs jusqu'à la réintégration n'est plus exigible.

Le GR-PACT appelle à adopter le modèle de la sanction en nature. Trois raisons principales

soutiennent cette démarche : le licenciement est un acte grave qui nécessite une justification, à défaut il est illégal ; un licenciement injustifié est contraire au droit à l'emploi ; c'est une sanction dissuasive, à rebours de l'approche comptable tant à la mode ces derniers temps (52). La nullité du licenciement injustifié (53) ouvre la possibilité de la réintégration au choix du salarié. Si le droit allemand suit une logique civiliste pour laquelle la nullité s'impose à toutes les parties et donc la réintégration s'impose au salarié, le GR-PACT se fonde plus volontiers sur la violation du droit à l'emploi et, dans cette perspective, la réintégration est un droit subjectif du salarié. Les rigueurs de la nullité (54) sont néanmoins atténuées de trois manières différentes dans la proposition de Code du travail : tout d'abord, l'employeur peut préférer la voie de la résiliation judiciaire, faisant intervenir le juge en amont de la rupture du contrat de travail (55) ; ensuite, le salarié qui attend plus d'un an, sans empêchement légitime, pour agir en justice voit le montant de ses indemnités limité à un an de salaire ; enfin, pour les entreprises de moins de dix salariés, les juges peuvent réduire, « *lorsque les circonstances le justifient* », le montant de l'indemnité allouée au salarié (56).

Ainsi, le droit allemand du travail atténue-t-il les inconvénients de la réintégration du salarié par une réintégration « anticipée » lors de la procédure judiciaire ; le GR-PACT propose des cas limités dans lesquels l'employeur pourra voir le montant des indemnités limité.

(44) L. 28-22 *op. cit.*

(45) Équivalent fonctionnel du comité d'entreprise dans le droit positif actuel. Art. L. 28-3 et -4 *op. cit.*

(46) *Op. cit.* p. 66.

(47) Sauf évidemment si la réintégration est impossible, alors les juges condamnent à des dommages et intérêts.

(48) P. Rémy, « Le reclassement – Allemagne », *RDT* 2010, p. 390.

(49) M. Henssler parle d'épée de Damoclès qui pèse sur la tête de l'employeur, cf. M. Henssler, « Le motif économique de licenciement », *RDT* 2010, p. 664.

(50) M. Henssler, « Le motif économique de licenciement », *RDT* 2010, p. 664.

(51) L'opposition du conseil est bien évidemment communiquée au salarié, cf. M. Henssler, « Le motif économique de licenciement », *RDT* 2010, p. 664.

(52) *Op. cit.*, p. 59.

(53) La sanction de la nullité n'est pas applicable en cas de licenciement irrégulier, seule une indemnité d'un montant minimum de deux mois de salaires peut être exigée ; L. 26-8 *op. cit.*

(54) D'autant que la réintégration suppose le paiement des salaires sur la période durant laquelle l'employeur n'a pas fourni de travail (L. 26-23 *op. cit.*, déduction faite des allocations-chômages remboursées par l'employeur au service public de l'emploi, cf. L. 26-24 *op. cit.*), avec une indemnisation minimale d'un an de salaire (pour les entreprises de dix salariés au moins, L. 26-28 *op. cit.*) et une indemnisation complémentaire si le préjudice n'est pas entièrement couvert (L. 26-25 *op. cit.*) ou si le licenciement a été prononcé en violation d'un droit fondamental (L. 26-29 *op. cit.*).

(55) L. 24-1 *op. cit.*

(56) L'indemnité est néanmoins d'un montant minimal de six mois de salaire, L. 26-27, *op. cit.*

Le droit italien est dans un mouvement inverse aux deux autres modèles. À l'origine, au nom du droit constitutionnel à l'emploi, le non-respect des règles du licenciement entraînait sa nullité (57). Ensuite, en 2012, dans un souci de flexibilisation, considérant la sanction de la nullité comme trop dissuasive pour l'employeur (58), un choix (relatif) était accordé aux juges entre indemnisation et réintégration. En 2015, dans le cadre de ce qu'il est convenu d'appeler le *Jobs Act* (59), l'Italie est entrée de plain-pied dans le modèle indemnitaire (60). Pourtant, la Cour de cassation italienne avait donné une assise très forte au modèle de la sanction en nature : sur le fondement de principes généraux du droit et des articles 1, 4 et 35 de la Constitution italienne, la Cour a affirmé que le salarié « *subirait une expropriation essentielle si la réparation se limitait à l'octroi d'une somme d'argent* » (61). Néanmoins, la sanction demeure la réintégration pour certains licenciements déterminés par la loi, comme les licenciements discriminatoires, ceux en violation du statut des représentants du personnel, ceux en violation de la protection de la maternité ou encore des licenciements disciplinaires lorsqu'il n'existe aucun acte matériel (supposément fautif) du salarié licencié (62). Hormis ces cas, le licenciement injustifié donne droit au salarié à une indemnité égale à deux mois par année d'ancienneté (63), moitié moins en cas de non-respect de la procédure de licenciement. Afin d'encourager les transactions et la résolution rapides des litiges, le législateur italien a mis en place une procédure de conciliation standard qui prévoit que, si le salarié accepte d'être indemnisé pour la moitié de l'indemnité qu'il demande et qu'il renonce à son action en justice, l'indemnité alors versée par l'employeur n'est pas imposable (64). Les avantages obtenus par les employeurs sont triples, au moins :

la sanction en nature est définitivement devenue l'exception ; les pouvoirs d'appréciation et d'évaluation du préjudice des juges sont encadrés par la loi et, enfin, la procédure de conciliation se fait aux dépens financiers du salarié et du contribuable.

Les réformes annoncées en France, à l'image de celles opérées en Italie, visent à permettre aux entreprises d'anticiper le montant des dommages et intérêts auxquels elles peuvent être condamnées. Un tel calcul suppose d'évacuer de l'équation la sanction en nature, dont le montant des indemnités dépend du temps et des péripéties de la procédure judiciaire et d'évincer l'appréciation du juge, trop aléatoire. Ces réformes font prévaloir une vision comptable du droit et une hypothétique rationalité économique de l'entreprise (65), en sacrifiant sur l'autel de la croissance espérée les droits des salariés. Cette « doctrine » consiste à accorder quelques facilités comptables aux personnes morales employeurs, aux dépens d'une réparation intégrale du préjudice éprouvé par les personnes humaines que sont les salariés. Sans dire son nom, ce libéralisme érige l'« entreprise » en acteur central qu'il convient de galvaniser - d'aduler ? Il conviendrait de rassurer l'employeur, c'est-à-dire le détenteur du pouvoir dans l'entreprise, y compris lorsqu'il viole la loi. Pourtant, l'étude de l'impact des politiques de flexibilisation du droit du licenciement à l'étranger montre des effets sur l'emploi des plus décevants (66). Croire que la décision de l'employeur d'embaucher dépendrait, en premier lieu, de comment il pourra se débarrasser du salarié relève en effet de la mystification (67). D'ailleurs, comment croire qu'ériger le salarié-kleenex en modèle relève d'une bonne politique des relations de travail ?

Morgan Sweeney

(57) Article 18 du Statut des travailleurs, loi n°300 de 1970, voir G. Guigni, « Réflexions sur le statut des travailleurs », *Dr. Soc.* 1982, p. 431 ; G. Santorro Passarelli, *Dr. Soc.* 1982, p. 439.

(58) Sur la réforme de 2012, dite loi *Fornero*, voir l'aperçu rapide : V. Moresco, « Chez nos voisins européens », *JCP S* 2012, act. 413 et *JCP S* act. 544 ; S. Nadalet, « Regard. Italie : la réforme du droit du licenciement », *RDT* 2012, p. 514 ; pour un point de vue critique : F. Martelloni, « Brève histoire italienne d'un droit du travail « en mode mineur », *RDT* 2013, p. 288.

(59) Pour un aperçu rapide : D. Rudelli et L. Uhring, « A l'international », *JCP S* 2015, act. 256.

(60) Pour une critique de l'approche économique sous-jacente : C. Ramaux, « Le coût du travail est-il vraiment trop élevé ? », *RDT* 2012, p. 674.

(61) Cité par A. Perrulli, « Entretiens sur le droit du licenciement pour motif économique - Italie », *RDT* 2013, p. 425.

(62) S. Bini, « Les licenciements disciplinaires après le *Jobs Act* - Le droit du travail italien à l'épreuve d'une nouvelle modernisation », *RDT* 2015, p. 420.

(63) Avec un minimum de quatre mois et un maximum de dix-huit mois.

(64) Le législateur italien avait précédemment déjà introduit des mesures afin de dissuader le salarié de saisir le juge et favoriser la conciliation et l'arbitrage, cf. S. Nadalet, « La réforme italienne du contentieux du travail : considération sur l'utilité des règles de droit », *RDT* 2011, p. 332.

(65) Les plafonds des dommages et intérêts en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse en France ou le *Jobs Act* italien visent à prédéterminer le coût d'un licenciement illégitime, cf. F. Martelloni, « Le *Jobs Act* : le chemin italien vers sécurisation de l'entreprise (et de ses abus) », *RDT* 2015, p. 299.

(66) Voir les positions fortes et argumentées prises par S. Cazes, S. Khatiwada et M. Malo, *Employment protection and collective bargaining : beyond the deregulation agenda. Employment Sector*, Employment Working Paper n°133, Genève, Bureau international du travail, 2012.

(67) M. Sweeney, « La notion d'emploi : fondement des droits du travail et des fonctions publiques ? », in *Droits du travail et des fonctions publiques - influence, convergence, harmonisation* (30 septembre-1^{er} octobre 2010, Université Paris-Ouest), L'épitoge, coll. L'Unité du droit, M. Touzeil-Divina, 2012, p. 205.