

Autopsie du pourcentage



Gregory Saint Michel

Le 06 Octobre 2017

Une décision a été prise, présentée comme suit : « *Une construction de vraies garanties pour tous. C'est notamment la question du barème des dommages et intérêts. Notre objectif est simple, il s'agit de favoriser la création d'emploi en apportant beaucoup plus de sécurité et de visibilité au chef d'entreprise dans sa décision d'embaucher, et plus de garanties aux salariés* », explique le premier ministre.

Après l'annonce, après la « *pédagogie* » pour expliquer aux néophytes « *les ordonnances Macron* » qui leur seront, dit-on, nécessairement plus favorables, demeurent des textes qui, même à supposer qu'ils favorisent l'emploi, bouleversent, révolutionnent le droit du travail et la jurisprudence élaborés depuis des décades pour protéger les salariés de l'arbitraire et des décisions discrétionnaires de l'employeur.

Premier touché : le licenciement.

En ce 27 septembre 2017, s'il n'a pas disparu, il n'en est pas moins libéré de ses limites et restreint dans sa réparation. Le rêve du patronat va au-delà de ses espérances et le monde salarié semble absent comme indifférent. Et, pourtant, ce n'est pas une réforme du licenciement qui s'est jouée, c'est une révolution et la protection des salariés aura pris, semble-t-il, un coup fatal.

Explication de texte et application concrète

Le licenciement obéissait à quelques principes simples et logiques.

Il devait avoir une cause réelle et sérieuse, en d'autres mots : reposer sur un motif vrai et suffisamment important pour justifier la prise de décision la plus irréparable : la rupture du contrat.

Et parce que le salarié avait le droit de connaître la raison de son éviction, il devait avoir le droit d'être entendu sur les motifs qui lui étaient reprochés et, surtout, il devait connaître les griefs « *retenus contre lui* » pour justifier de son licenciement, dans un courrier recommandé avec accusé de réception, comportant l'énonciation de motifs précis et matériellement vérifiables.

La Cour de cassation rappelait que des « *griefs vagues et imprécis* » s'analysaient en une insuffisance de motif rendant le licenciement nécessairement abusif.

Bref, il fallait de bonnes raisons et les retranscrire avec précision. Tels étaient les principes.

De l'incidence des nouveaux barèmes sur le développement à prévoir de la rupture conventionnelle

De ces règles du licenciement dépendait le jeu de la négociation autour de la rupture du contrat de travail, qui se posait lorsque l'une ou l'autre des parties souhaitait rompre le contrat de travail, sans démissionner ou sans licencier.

Pour négocier un départ, les règles du jeu étaient simples. Comme pour toute négociation, le demandeur était toujours en position la plus faible. Il en allait ainsi si le salarié, souhaitant signer une rupture conventionnelle pour partir vers d'autres cieux et bénéficier des allocations chômage (impossible en cas de démission), sollicitait de son employeur qu'il accepte le principe d'une rupture amiable.

Dans ce cas, l'employeur n'ayant aucune obligation de satisfaire la demande de son salarié était déjà bien généreux de lui proposer le strict minimum, à savoir, comme le prévoit la loi, un montant au moins égal à l'indemnité légale de licenciement (un cinquième de mois de salaire par année d'ancienneté + deux quinzièmes au-delà de dix ans).

Ainsi et à titre d'exemple, si M. X avait deux ans et demi d'ancienneté et qu'il souhaitait quitter la société, son employeur ne lui versait qu'un demi-mois de salaire, l'essentiel souvent pour le salarié étant de pouvoir percevoir les allocations chômage, ce que l'employeur n'ignorait pas.

Au contraire, si l'employeur souhaitait le départ du salarié, la situation pour négocier était alors optimale pour ce dernier, surtout si son employeur n'avait aucun motif légitime pour le licencier (tel que motif économique ou commission d'une faute, ou insuffisance professionnelle, etc.) et s'il n'envisageait pas d'y renoncer.

La question était alors de savoir, en cas de refus du salarié d'accepter une rupture conventionnelle, quel était le montant que ce dernier pourrait espérer d'un contentieux prud'homal en cas de licenciement nécessairement abusif (l'hypothèse étant par nature qu'aucun grief sérieux ne pouvait être reproché au salarié).

La question n'était plus de savoir comment mais pour combien licencier.

Chacun comprenait que l'employeur n'avait aucune raison de proposer au salarié une issue amiable pour un montant supérieur à son risque judiciaire, il fallait donc calculer ce risque et tenter de proposer un montant inférieur ou équivalent au salarié pour que celui-ci comprenne que, s'il n'acceptait pas, il n'aurait, de toute façon, guère plus.

Il existait alors deux hypothèses selon que le salarié a ou non deux ans d'ancienneté et qu'il travaille dans une société ayant plus ou moins de 11 salariés.

Lorsqu'un licenciement était abusif (moins de deux ans d'ancienneté ou entreprise de moins de 11 salariés), le salarié devait justifier de son préjudice. Il n'y avait ni plancher ni plafond (**C. trav., art. L.1235-5**).

Pourtant, contrairement à ce que M^{me} Pénicaud en dit, les préjudices n'étaient jamais nuls, les conseillers prud'homaux, même « *employeurs* », considérant qu'il existait toujours un préjudice lié à la perte injustifiée de l'emploi qu'il convenait de réparer.

Les réparations oscillaient en fonction de trois critères, non écrits mais toujours évoqués par les conseillers prud'homaux pour en fixer le montant :

- l'âge du salarié, avoir 22 ou 58 ans à la date de son licenciement, laisse présager un préjudice différent ;
- l'ancienneté, le préjudice n'étant pas le même pour un salarié ayant deux ans d'ancienneté ou trente années de présence dans l'entreprise ;

- et enfin la situation au regard de l'emploi, selon que le salarié était inscrit à Pôle emploi ou avait retrouvé un emploi à la date du jugement ou de l'appel (souvent au moins un an après la saisine pour le jugement et deux ou trois ans pour l'appel).

Concernant les salariés ayant plus de deux ans d'ancienneté dans une société de plus de 11 salariés, il existait un plancher de six mois de salaire mais pas de plafond (**C. trav., art. L.1235-3**).

Le préjudice était apprécié selon les mêmes critères.

L'on pourrait débattre sur l'aléa du montant alloué pour un même cas d'espèce donné, selon les différents conseils de prud'hommes en France, mais la réalité oblige à reconnaître une certaine homogénéité des décisions en France, sauf à ce que les milliers d'affaires que j'ai eu à plaider ne soient pas, malgré le nombre, représentatives.

Ainsi, les barèmes appliqués étaient les suivants, et ce quel que soit l'effectif de l'entreprise, selon l'ancienneté d'abord, puis comme variable, selon la reprise d'un emploi ou non, et selon l'âge du salarié :

- de 0 à 2 ans d'ancienneté : entre 1 et 6 mois de salaire ;
- de 2 ans à 5 ans : 6 à 10 mois de salaire ;
- de 5 ans à 10 ans : 8 à 12 mois ;
- de 10 ans à 30 ans : 12 à 24 mois.

Précisons que tous ces montants pouvaient être encore augmentés si les conseillers voyaient d'un mauvais œil un licenciement qui aurait été vexatoire ou humiliant, dénué de tout motif et apprécié comme étant prononcé pour la seule satisfaction de l'employeur.

Les conseillers prud'hommes pouvaient alors être tentés de « *sanctionner* » le comportement plus que de réparer le préjudice.

Désormais et synthétiquement pour les entreprises de plus de 11 salariés, ces derniers peuvent espérer :

- de 0 à 1 an : 1 à 2 mois de salaire ;
- de 2 à 5 ans : 3,5 à 6 mois ;
- de 5 à 10 ans : 6 à 10 mois ;
- de 10 à 30 ans : 10 à 20 mois.

Pour les salariés des sociétés de moins de 11 salariés, les minimas sont revus à la baisse et sont :

- de 0 à 2 ans : 0,5 mois de salaire minimum ;
- de 2 ans à 5 ans : 0,5 à 1,5 mois de salaire ;
- de 5 ans à 10 ans : 1,5 à 2,5 mois.

Il n'est pas besoin d'analyser longtemps les chiffres, chacun comprend que les réparations des préjudices à venir seront plus faibles. C'est une évidence. Car, si l'on reprend le cas de M. X, deux ans et demi d'ancienneté dans une société de moins de 11 salariés, un salaire de 3 000 € brut mensuel, l'employeur lui aurait certainement proposé, à défaut d'avoir un motif de licenciement, une rupture

conventionnelle pour un montant oscillant entre six et huit mois de salaire, soit entre 18 000 et 24 000 €.

Si l'employeur proposait moins que ces montants, parions que le conseil du salarié lui aurait enjoint de ne pas accepter ; l'employeur, sans motif valable, étant sûr d'être au moins condamné à ces sommes.

Dans notre cas d'espèce actualisé, l'employeur aura désormais un risque judiciaire compris entre 0,5 et 3,5 mois, selon le barème applicable.

Même si l'employeur n'a aucun motif de licenciement, il ne proposera pas au salarié de rupture conventionnelle pour un montant de 3,5 mois puisque c'est là son risque maximal. Le montant proposé sera nécessairement plus proche des 2 ou 2,5 mois de salaire.

Ajoutez à cela les négociations habituelles : « *votre client attendra trois ans pour obtenir un mois de salaire en plus* », « *ce mois de plus sera compensé par le coût de son avocat* » (précision faite qu'en effet, les frais d'avocat ne sont jamais intégralement supportés par la partie défaillante) ou encore « *vous savez comme moi qu'aux prud'hommes tout est possible* », etc.

Ainsi, selon l'exemple développé, même si M. X tente sa chance en contentieux pour obtenir une réparation de 3,5 mois maximum de dommages et intérêts de son préjudice lié au licenciement abusif, il pourra donc espérer 10 500 € - 1 500 € d'honoraires à sa charge soit la somme de 9 000 € (après 3 ans de procédure) contre 18 000 à 24 000 € sous l'empire des textes anciens. Du simple au double.

Cerise sur le gâteau

De plus, il faut encore préciser que le **nouvel article L.1235-3 du code du travail** se voit ajouter une dernière petite précision : « *pour déterminer le montant de l'indemnité, le juge peut tenir compte, le cas échéant, des indemnités de licenciement versées à l'occasion de la rupture* ».

Ainsi, le préjudice d'un licenciement abusif, qui auparavant était indépendant de toutes sommes que le salarié percevait dans le cadre de son licenciement, pourra désormais être pris en compte pour diminuer son indemnisation, déjà fortement réduite par les ordonnances en cause.

Cela pèsera aussi dans la négociation où le salarié s'entendra dire qu'il a déjà perçu une indemnité de licenciement importante, en sorte que son préjudice en serait restreint. Un nouvel argument de négociation est né.

Ajoutons, mais c'est un détail, que, désormais, il faudra aller vite pour saisir, seulement un an (contre deux ans auparavant) et alors même que, désormais, le salarié doit avoir un dossier avant de saisir, alors qu'auparavant, il pouvait se construire durant la procédure. Le salarié avait sans doute trop de temps pour faire valoir ses droits.

Double peine

Au risque de peiner le lecteur salarié, il faut encore ajouter l'essentiel : l'effet indirect des plafonds.

Il faut en effet rappeler que la loi prévoit que, selon le montant de l'indemnité de rupture conventionnelle, la prise en charge du salarié au titre des allocations chômage est suspendue : c'est le « *délai de carence* », progressif selon les montants perçus.

Synthétiquement, dès que le montant de l'indemnisation négociée est de 16 200 €, automatiquement le délai de carence de prise en charge par Pôle emploi est de 180 jours, soit six mois (**150 jours à partir du 01 novembre 2017**).

Imaginons, ce n'est pas une hypothèse d'école, un salarié qui gagne 3 000 € bruts mensuels après 15 ans d'ancienneté. Le risque prud'homal est de huit mois de salaire pour l'employeur. La négociation ne dépassera donc pas six mois de salaire pour une rupture conventionnelle (et cela d'autant plus que la perception d'une indemnité légale de licenciement peut désormais être un facteur de diminution de la réparation du préjudice par le juge de la perte d'emploi).

Ainsi donc le salarié pourrait percevoir 18 000 € bruts à titre d'indemnité de rupture conventionnelle mais devra alors rester six mois au chômage sans aucun revenu.

Il est utile de préciser que, précédemment, cette période de carence était prise en compte pour négocier à la hausse l'indemnisation par l'employeur du salarié, mais, avec l'existence de plafond, l'employeur n'a aucun risque que son salarié soit plus indemnisé pour n'avoir pas retrouvé d'emploi. L'indemnité est plafonnée, si le salarié n'est pas content, le risque est connu.

La tournée du patron

Faut-il enfin préciser qu'auparavant, l'employeur pouvait aussi craindre que sa condamnation soit assortie d'une peine complémentaire consistant à rembourser à Pôle emploi, six mois d'indemnisation chômage que ce dernier aurait alors indument versés ?

Là encore, la nouvelle loi prend soin de supprimer cette sanction, le montant de l'indemnisation chômage (alors que le salarié n'aurait pas dû l'être) sera désormais assumé par la collectivité.

L'employeur ne pourra plus être condamné au paiement de ces six mois de salaire, le salarié, lui, aura en revanche toujours la période de carence alors que l'indemnisation a baissé.

« *La visibilité et la sécurité* », disait le premier ministre. C'est vrai, c'est vite vu. C'est vrai, c'est sécurisé. La route est dégagée. Mais, si le licenciement abusif a désormais un moindre coût, c'est encore à supposer que l'employeur ne puisse trouver un motif légitime, les ordonnances ayant aussi libéré le licenciement.

Un licenciement désormais sans entrave

Écartons, en liminaire, les licenciements relevant d'un régime dérogatoire lié à l'atteinte aux libertés essentielles, dont les réparations sont en effet plus importantes et restent basées sur celles de l'ancien régime (six mois de salaire minimum).

En effet, ces licenciements étaient déjà marginaux et personne n'aura la naïveté de motiver la lettre de licenciement sur l'homosexualité d'un salarié, sa grossesse ou sa couleur de peau. Pour le reste, qu'advient-il des grands principes précédemment évoqués ? Plus grand-chose. De l'obligation d'informer avec précision son salarié de ce qui lui est reproché ? Elle n'existe plus, si le salarié veut connaître le motif, et même si cela fait vingt ans qu'il est dans l'entreprise, cela lui sera « *précisé* » s'il en fait la demande. Et, là encore, sous réserve que l'action soit diligentée dans un délai restreint. Le salarié, là encore, a des droits restreints mais qu'il doit vite exercer.

S'il ne le fait pas et contrairement à une jurisprudence ancienne et constante de la Cour de cassation, cela ne constitue plus un licenciement abusif mais une simple irrégularité de procédure... valant un mois de salaire. Ce n'est plus aussi grave qu'avant.

Que dire aussi des licenciements nuls, cette catégorie de licenciement qui repose sur un motif interdit (licenciement fondé sur la race, le sexe, l'appartenance à un syndicat, ou sur la grossesse, ou d'un salarié protégé, etc.) ? Ici encore, le principe était que le licenciement donnait lieu soit à réintégration, soit à indemnisation. Désormais, même si la réparation reste celle qui était anciennement prévue

(c'est-à-dire un minimum de six mois de salaire), une petite précision a été ajoutée par l'**article L.1235-2-1** qui dispose qu'« *en cas de pluralité de motifs de licenciement, si l'un des griefs reprochés au salarié porte atteinte à une liberté fondamentale, la nullité encourue de la rupture ne dispense pas le juge d'examiner l'ensemble des griefs énoncés pour en tenir compte, le cas échéant dans l'évaluation qu'il fait de l'indemnité à allouer au salarié* ».

Ainsi, il convient de comprendre que tout ce qui peut permettre de diminuer la réparation du préjudice subi du fait de l'atteinte à une liberté fondamentale (ce qui n'est pas rien) peut être retenu par le juge.

De jurisprudence constante, dès lors que le licenciement était nul, il était inopérant d'évoquer d'autres critères qui ne suffisaient pas à justifier un licenciement. La réparation dépendait alors des critères précédemment énoncés, l'âge, l'ancienneté, la situation au regard de l'emploi. Aujourd'hui, la réparation pourrait être diminuée si, bien que licencié pour un motif lié à votre couleur de peau, votre orientation sexuelle, votre mandat social, votre refus d'un harcèlement sexuel, etc., vous vous êtes aussi rendu coupable de retards à votre travail, qui pourtant ne justifieraient pas un licenciement.

Licenciement économique, économie des motifs

Le licenciement économique n'échappe pas à la règle et reste sans doute le plus significatif de tous les bouleversements.

Le principe du licenciement économique était lui aussi clair, quoi qu'on en dise. Il n'était envisageable que pour deux motifs : l'existence de difficultés économiques ou la nécessité de sauvegarder la compétitivité économique de la société. Les difficultés économiques s'appréciaient dans tout le groupe mais seulement dans le secteur d'activité concerné.

De jurisprudence constante, une simple baisse du chiffre d'affaires ne caractérisait pas de difficultés économiques. Il fallait des difficultés économiques sérieuses (souvent des déficits). Quant à l'obligation de reclassement des salariés, elle était étendue à toutes les sociétés du groupe (dans le monde) auquel appartenait l'entreprise, pour peu que les lois locales permettent l'embauche d'étrangers. Désormais, la tentative de reclassement doit toujours être recherchée mais seulement si le groupe a sa société dominante en France.

Ainsi, tous les groupes étrangers (dont les lois permettraient le reclassement de tout ou partie du personnel) n'auront plus le risque, en cas de licenciements économiques, de devoir reclasser leur salarié à l'étranger. Ils peuvent licencier en France sans aucune obligation, même s'ils embauchent ailleurs.

Seuls les groupes français (dont la société dominante est française) devront reclasser à l'étranger. Ainsi, les groupes mondiaux de capitaux étrangers peuvent s'affranchir d'obligations de reclassement mais les groupes français, eux, pourront être condamnés.

Enfin, l'**article L.1233-3 du code du travail** fixe désormais de nombreux indicateurs comptables et financiers pour apprécier l'existence de difficultés économiques et notamment une baisse du chiffre d'affaires sur un trimestre ou une année, selon la taille de l'entreprise, et précise enfin que les difficultés économiques ne s'apprécient plus au niveau du groupe mais seulement sur le territoire national.

Dès lors, de simples difficultés économiques conjoncturelles, voire saisonnières, pourront justifier désormais un licenciement économique (dont les effectifs ne sont pas précisés), tout comme il est à craindre que les entreprises procèdent comme pour l'évasion fiscale par l'évasion des actifs et capitaux hors de France pour diminuer artificiellement les résultats de la société. Il sera alors aisé de motiver

des licenciements économiques sur de simples jeux comptables et financiers quand auparavant les résultats s'appréciaient dans le groupe mondial et le secteur d'activité concerné, ce qui évitait précisément ces risques.

Il convient de déplorer que cela sera d'autant plus aisé que la dernière version du texte a même supprimé la notion de « *fraude* », initialement prévue pour éviter que des sociétés soient tentées d'organiser leurs difficultés économiques à l'instar de l'organisation de l'insolvabilité. Mais, en droit du travail, la fraude ne fera plus obstacle aux licenciements économiques si l'on s'en tient à la lettre.

Ci-gît une lettre morte, ici finit le licenciement.

On est moins courageux sur un siège éjectable

L'on pourrait se réjouir en pensant que les salariés avaient trop de droits, que les employeurs pouvaient se voir condamner pour avoir oublié de motiver une lettre de licenciement alors même qu'il y avait de vrais motifs de licenciement. Que le droit était trop compliqué. Que les condamnations coûtaient trop cher.

L'on pourrait objecter qu'il n'était pas difficile de respecter l'essentiel, ne licencier que s'il y avait une raison ou en assumer les conséquences.

L'on pourrait aussi rappeler que la situation était intenable et qu'il était insupportable pour de petites entreprises de devoir attendre d'être en redressement judiciaire pour pouvoir enfin réduire leur masse salariale alors qu'il était trop tard, sous peine de voir les licenciements requalifiés en licenciement abusif et couler encore plus l'entreprise. L'on pourrait penser qu'il était injuste qu'un licenciement qualifié d'insuffisance professionnelle, alors qu'il fallait mentionner « *pour faute* », entraîne une condamnation à plusieurs mois de salaire, pour des employeurs souvent de petites structures n'ayant pas de service des ressources humaines et se dégageant tant bien que mal un maigre revenu.

Peut-être. Sans doute. Il y avait beaucoup d'injustices pour les employeurs. Il y avait sans doute des moyens d'y remédier. L'avocat en était un, la formation des employeurs un autre. Mais cela rendait-il nécessaire l'instauration de la loi du plus fort, la restauration du pouvoir discrétionnaire ?

Si le licenciement discrétionnaire n'a plus de vraies sanctions, il n'y a plus de protection. Si le licenciement économique se justifie simplement par une baisse de chiffre d'affaires passagère, si le licenciement se règle désormais par la concession de faibles montants suivis de longues périodes de non-indemnisation, que deviennent les grands principes de la justice sociale, du droit du travail, du rapport dans le lien de subordination, encadré par des obligations de l'employeur ?

L'assouplissement des règles autorisant toutes les formes de licenciement et la diminution des sanctions les entourant n'a pas pour seul effet de faciliter les licenciements (à défaut d'avoir démontré qu'il facilite les embauches), il aura pour effet direct d'anéantir l'équilibre des droits et obligations entre les salariés et les employeurs et à terme, inhibera l'expression des salariés et leur représentativité, surtout dans les TPE, celles-là même où il sera demandé aux plus fragiles, dont le licenciement devient une épée de Damoclès, de négocier des accords, sans être mandatés, protégés par des syndicats.

Quel sera l'équilibre de la négociation dans une société où le licenciement de celui qui proteste ne coûte rien ? Quelles seront les chances de garder son emploi pour celui qui dit non ? Le salarié n'a plus les moyens de la parole, il aura surtout l'autorisation de se taire.

Avant de conclure cette tribune, ayant été interrompu, je raccroche mon téléphone. Mon client a conclu notre conversation par : « *c'est pour cela qu'on envisage son départ, maintenant il ne coûte rien* ».