

Les conférences débat du Comité d'histoire d'Île-de-France organisées avec le CHATEFP et l'Association pour l'étude de l'histoire de l'inspection du travail (AEHIT)

■ 2002

« **L'inspection du travail au féminin, 1878-1974** »
actes non publiés

■ 2003

« **Pierre Hamp, inspecteur du travail et écrivain humaniste, 1876-1962** »

Ouvrage collectif coordonné par Dominique Guyot et publié chez L'Harmattan

■ 17 février 2005

« **Les inspecteurs du travail : voltigeurs, shérifs ou urgentistes, 1848 – 1990** »

CAHIER N° 1

■ 30 novembre 2005

« **Les précurseurs des inspecteurs du travail : le contrôle de la construction à Paris aux XVII et XVIII siècles** »

CAHIER N° 2

■ 5 décembre 2006

« **Centenaire du ministère du travail, 1906 – 2006 : travail et main d'œuvre en Île-de-France** »

CAHIER N° 3

■ 29 novembre 2007

« **Albert Thomas homme d'Etat, 1878 – 1932 : d'une politique ouvrière en temps de guerre à la naissance du BIT** »

CAHIER N° 4

■ 4 décembre 2008

« **Des accords de Grenelle à la section syndicale d'entreprise : mai à décembre 1968, période clé de l'histoire du mouvement social** »

CAHIER N° 5

■ 14 octobre 2009

« **De la fatalité à la prévention : hygiène, sécurité et santé au travail, plus d'un siècle d'évolution** »

CAHIER N° 6

■ 2 décembre 2010

« **La rupture du contrat de travail : du contrôle du juge à son contournement ?** »

CAHIER N° 7

■ En projet, 15 novembre 2011

« **La Troisième République et la reconnaissance des travailleurs : 1906, René Viviani Premier ministre du travail** »



La rupture du contrat de travail depuis 1945 : du contrôle du juge à son contournement ?

CAHIER N° 7

www.île-de-france.directe.fr

Direccte
 ÎLE-DE-FRANCE

Direction régionale des entreprises,
de la concurrence, de la consommation
du travail et de l'emploi

Service communication
19-21, rue Madeleine Vionnet
93300 Aubervilliers

Juin 2011

© Direccte Île-de-France - Photos : Direccte Île-de-France - Réalisation / impression : OBEA Communication.

Actes de la Conférence débat

du jeudi 2 décembre 2010 à la Maison de l'Europe à Paris

Organisée par le groupe régional d'Île-de-France du Comité d'histoire des administrations chargées du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle (CHATEFP), avec le soutien de la DIRECCTE d'Île-de-France et de l'AEHIT



Sommaire

Ouverture de la conférence

2

Bernard Laurençon

président du groupe régional Île-de-France du Comité d'histoire

Michel Lucas

inspecteur général honoraire des affaires sociales, président du CHATEFP

Elie-Jean Vergnes

secrétaire général du CHATEFP

Exposé central

4

Tiennot Grumbach

avocat en droit social

Table ronde

18

Philippe Waquet

doyen honoraire de la Cour de Cassation

Jacques-Frédéric Sauvage

président du Conseil de Prud'hommes de Paris, collègue employeur,
membre du Conseil supérieur de la Prud'homie

Bernard Augier

président du Conseil de Prud'hommes de Lyon, collègue salarié,
membre CGT du Conseil supérieur de la Prud'homie

Débat avec la salle

30

Conclusion

34

Joël Blondel

directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation,
du travail et de l'emploi d'Île-de-France

Ouverture de la conférence



Bernard Laurençon

Bernard Laurençon

Bonjour à tous. Je dois excuser Michel Lucas qui, compte tenu des circonstances climatiques, n'a pu venir. Je vais donc demander à Elie-Jean Vergnes, secrétaire général du Comité d'histoire des administrations du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, de lire le message qu'il comptait nous transmettre.

Elie-Jean Vergnes

Voici la teneur du texte de **Michel Lucas**

Le thème de la réflexion que nous propose aujourd'hui le groupe régional d'Ile-de-France du Comité d'histoire du travail est particulièrement opportun.

Depuis que la nature du contrat de travail est considérée comme ayant une spécificité, la jurisprudence a construit, surtout depuis 1973, une protection de plus en plus efficace allant même jusqu'à juger qu'un salarié démissionnaire peut être, en fait, victime d'un licenciement abusif. Le moment est donc venu de faire un bilan de cette évolution. Mais l'analyse, de plus en plus critique, par la jurisprudence, de la notion de «cause réelle et sérieuse», a conduit le patronat à souhaiter que soit légalement reconnue et développée une rupture du contrat négociée entre l'employeur et le salarié, en fait, le plus souvent, à l'initiative de l'employeur.

Le succès remporté par la loi de 2008, qui supporte cette dernière évolution, mérite déjà une évaluation. Ne tend-elle pas, en effet, à restreindre la portée de la protection acquise par la jurisprudence ? La surveillance de son application par une administration du travail, affaiblie par la révision générale des politiques publiques, peut déjà le faire craindre.

Il faut féliciter le groupe régional d'Ile-de-France d'avoir pu réunir pour en débattre un excellent

analyste de cette évolution en la personne de Tiennot Grumbach, le magistrat qui en a construit les étapes les plus significatives, Philippe Waquet à qui j'exprime le plus profond respect et deux praticiens éminents de la prud'homie, Jacques-Frédéric Sauvage, représentant employeur, et Bernard Augier, représentant salarié CGT dont les appréciations croisées animeront le débat. Fort de cet exploit, Bernard Laurençon va le conduire avec son aimable autorité habituelle.

Bernard Laurençon

Merci Elie-Jean pour avoir porté, par votre voix, le message de Michel Lucas.

Pourquoi avoir choisi ce thème aujourd'hui quand les licenciements individuels tendent à être remplacés par la rupture conventionnelle, même si le licenciement collectif, essentiellement économique, reste bien encadré par toute une procédure de contrôle de l'administration, et *in fine*, du juge ? Il nous est apparu, au niveau de notre groupe de travail d'Ile-de-France, qu'après les différentes réformes et reformulations du code du travail et de l'administration du travail, c'était tout un pan de notre culture juridique et sociale qui tendait à s'effacer au profit de la primauté du rapport de l'individu à la société, fût-elle celle de l'entreprise.

On retrouve la primauté du code civil sur le code du travail. Que devient le salarié face à l'employeur ? Un simple citoyen qui traite à égalité avec son patron. Les règles du code du travail censées encadrer le lien de subordination du contrat de travail sont-elles encore utiles ? L'ordonnance du 24 mai 1945 sur le contrôle des mouvements de main-d'œuvre, issue de la réflexion des hommes et des femmes du Conseil national de la résistance (CNR), promulguée sous la houlette du ministre du travail de l'époque, Alexandre Parodi (resté célèbre, entre autres, pour son travail sur les classifications des salaires), a été une tentative de réponse pour

faciliter la remise en état de marche de notre économie exsangue après cinq ans de guerre. Elle prévoyait bien un contrôle des licenciements individuels mais celui-ci n'a pas été mis en place dans les faits.

Nous avons retenu cette date comme point de départ de notre réflexion mais je suis sûr que d'autres, parmi nos intervenants, feront remonter beaucoup plus en amont cette absence de réglementation de la rupture individuelle du contrat de travail.

La réforme de 1973, créant une procédure de licenciement individuel et la loi de 1975, créant l'autorisation de licenciement pour motif économique, apportaient de nouvelles réponses dans un contexte économique de plus en plus agressif vis-à-vis de l'emploi et des salariés. Puis vinrent les lois de libéralisation des contraintes administratives de 1986 qui suppriment définitivement, dès 1987, l'autorisation administrative de licenciement pour motif économique tout en créant un nouveau champ d'investigation avec la mise en place des plans

sociaux. Le législateur interviendra à nouveau en 1989, en 2002 et en 2003 pour resserrer les mesures de licenciement économique, sans toucher à la rupture individuelle du contrat de travail, jusqu'à la loi de 2008 qui permettra à l'employeur et au salarié de traiter d'égal à égal au moment de rompre le contrat.

Mais cette égalité formelle n'est-elle pas un leurre ? N'y a-t-il plus de contrôle ? Le juge est-il écarté, comme l'inspecteur du travail ? Ce sont autant de questions qui devraient trouver une réponse avec le concours de nos invités.

En portant un regard historique sur ces soixante-cinq dernières années, nous allons mieux comprendre cette évolution avec Tiennot Grumbach, avocat en droit social. Son expérience de terrain, son engagement et la qualité de sa réflexion lui permettront d'apporter une première réponse. Puis nous solliciterons nos invités de la table ronde pour qu'ils expriment, chacun à son tour, leur point de vue sur les propos de Tiennot Grumbach en apportant leur sentiment sur cette évolution. ■



De gauche à droite :

Tiennot Grumbach
Bernard Laurençon
Philippe Waquet
Bernard Augier
Jacques-Frédéric Sauvage

“
La jurisprudence a construit, surtout depuis 1973, une protection du salarié de plus en plus efficace.

Exposé central



Tiennot Grumbach

Tiennot Grumbach

Dès mes premiers mots sur ce retour vers le passé, laissez-moi tout d'abord contester des thèses développées par certains commentateurs sur la rupture du contrat de travail dans notre pays. Ils prétendent que son coût serait dissuasif et constituerait un obstacle à l'investissement et à l'emploi. Cette idée reçue est reproduite par les plus hautes instances gouvernementales et par des leaders de l'opinion politique. Elle est suffisamment prégnante pour qu'on en interroge la pertinence et les sources. Notre pays dispose d'un observatoire statistique peu visité par ces idéologues : les Conseils de prud'hommes. On peut, par l'étude attentive des statistiques qui rendent compte de leur fonctionnement, observer en France l'évolution du flux judiciaire concernant les contentieux du travail à travers l'enregistrement, l'enrôlement des dossiers et les informations que donnent à voir les décisions rendues. Or, dans l'histoire sociale française, les ruptures individuelles des contrats de travail qui régissent les relations contractuelles entre les salariés et leurs employeurs ont tenu, et tiennent encore, une place prééminente dans la généalogie des normes applicables à tous et dans l'évolution du droit travail.

Cette place centrale a fait de la juridiction prud'homale l'institution judiciaire qui génère les contentieux les plus nombreux alors que la Haute Juridiction ne traite qu'un nombre beaucoup plus restreint de contentieux collectifs. Certes, les commentateurs sont plus nombreux à exercer leurs critiques sur les seconds que sur les premiers, mais il reste que la gestion du flux judiciaire du travail se déploie davantage autour des relations individuelles du travail qu'autour des relations collectives. Les travaux d'Évelyne Serverin (1), sur ce point, font autorité.

Il existe un écart considérable entre le nombre de contentieux qui concernent les litiges collectifs, généralement tranchés par les premiers juges des tribunaux de grande instance et d'instance,

et la jurisprudence issue des Conseils de prud'hommes. D'un côté 200 000 enrôlements pour la jurisprudence prud'homale sur près de 10 ans, même si seuls 100 000 jugements auront été prononcés (2), alors que ce ne sont que quelques milliers d'affaires collectives qui alimentent dans le même temps les voies de recours jusqu'à la chambre sociale de la Cour de Cassation. Certes le flux prud'homal n'est plus celui de la seule rupture du contrat de travail individuel, notamment en raison du développement des dossiers « en série » rassemblant parfois plusieurs dizaines, voire centaines de demandeurs, et de l'émergence du droit de substitution. Mais la tendance lourde exprime encore cette particularité du contentieux du travail dans notre pays : la prééminence du contentieux individuel du travail sur le contentieux collectif.

C'est pourquoi, dans la réalité, la Cour de Cassation (3) établit l'essentiel des normes juridiques du travail à partir des dossiers prud'homaux. On comprendrait alors que ce soit à partir du flux des contentieux prud'homaux que des économistes aient pu dégager cette règle soi-disant « scientifique » qui voudrait que le coût des licenciements soit tellement excessif qu'il fasse obstacle à l'embauche. La lecture de leurs études ne permet pas de dégager les sources de leurs informations et nous laisse à penser qu'ils ont travaillé « à la louche », voire en faisant appel à des études qualitatives auprès de professionnels du droit, et particulièrement à des avocats plaidant habituellement pour les entreprises. S'ils avaient fondé leurs études sur des mesures établies par la justice dans le domaine de la condamnation indemnitaire des sociétés qui licencient leur personnel, on pourrait vérifier leurs dires alors que les statistiques émanant de la prud'homie existent. J'ai souvent soutenu que la plaidoirie devant les Conseils de prud'hommes, contractée dans le temps d'une audience rapide, pouvait être vécue avec la même passion que la plaidoirie d'assises. C'est aussi la vie, l'honorabilité, l'avenir de la personne qui se jouent dans ces cérémonies judiciaires que les

médias dédaignent, alors qu'ils disent mieux que beaucoup d'articles savants « l'analyse concrète de la situation concrète » de la domination du pouvoir de direction patronal sur ceux qui sont moins égaux que d'autres*.

C'est donc à partir des prud'hommes que des études économiques sérieuses devraient être conduites, tant sur le plan quantitatif que sur le plan qualitatif. Ce n'est pas l'objet de ce débat. Toutefois, sans cette intrusion dans l'histoire croisée des Conseils de prud'hommes et celle des normes juridiques établies concernant les conditions de la rupture du contrat de travail, on est incapable de mettre en lumière les séquences qui font encore sens aujourd'hui. Pour ma part, j'en distingue trois principales, même si d'autres amis peuvent soutenir, avec pertinence, un autre découpage séquentiel de l'histoire de la rupture du contrat de travail dans notre pays (4). Pour la clarté de mon propos, à l'occasion de ce débat, je persiste à privilégier une présentation en trois séquences dont le but est aussi de mettre en évidence les effets de la loi du 13 juillet 1973, qui font toujours sens dans la production des normes jurisprudentielles actuelles, et la volonté de contre-réforme actuelle, qui est au cœur de la séquence que nous vivons actuellement. En effet, la modernisation du dispositif légal qu'elle a mise en œuvre a fait émerger un nouveau droit du licenciement individuel. Il s'est substitué à la rupture du contrat de louage de service qui, depuis la révolution de 1789, permettait aux employeurs de rompre les relations de travail sans aucun formalisme. A compter de 1973, le droit du licenciement est encadré, tant au niveau de la procédure qu'au niveau du droit substantiel. Cette irruption d'un droit qui agrège la forme et le fond n'a pas eu pour effet de tarir le contentieux prud'homal. Bien au contraire.

C'est pourquoi, à l'occasion de cette rencontre, je préfère maintenir mes propos à partir de la trame explicative et essentielle : celle de l'influence de la prégnance des idées et des règles issues de ce que, dans la vieille vulgate marxiste, on appelle la Révolution démocratique bourgeoise. Que s'est-il passé alors pour limiter l'émergence d'un droit collectif du travail moderne qui irriguerait les relations du travail de la majorité de nos concitoyens ? François Ewald l'a mis en évidence pour expliquer la mise en place du système assurantiel collectif et paritaire qui, en France, s'est substitué à la négociation collective directe, à partir des entreprises, entre le patronat et les organisations syndicales représentatives. Le paritarisme à la française qui gère « socialement » nos caisses de retraite et de prévoyance, de protection sociale, d'assurance chômage, trouve là son origine et son mode de participation du syndicalisme gestionnaire par le haut. Il n'y est présent que dans la négociation des normes de protection et non dans la conquête, par le bas, de droits nouveaux issus de la confrontation de logiques qui s'affrontent dans la défense des intérêts contradictoires du capital et du travail.

Que s'est-il passé en 1789 qui fait qu'aujourd'hui encore, dans le domaine du droit du travail, on constate la prééminence du droit individuel sur le droit collectif ? La loi Le Chapelier du 14 juin 1790 et la publication du code civil en 1804. Ainsi notre code du travail actuel, y compris après sa recodification applicable depuis mai 2008, consacre-t-il cette prééminence. Son architecture en témoigne puisque qu'il s'ouvre par une première partie réservée aux relations individuelles du travail. Certes, la recodification a parfois hésité dans le partage qui distingue l'individuel du collectif dans le domaine des licenciements pour motif économique notamment (5). Mais on peut considérer que

(4) Évelyne Serverin pour sa part met l'accent sur une quatrième séquence, tout aussi essentielle, de l'histoire de la rupture du contrat de travail. Évelyne Serverin « Le contrat de travail », ouvrage collectif sous la direction de Dominique Méda et Évelyne Serverin ; « Le travail et ses contrats » p. 19. Elle indique avec pertinence : « Après 18 ans de discussion, la loi du 27 décembre 1890 généralisait le droit à indemnité en cas d'abus en ajoutant, à l'article 1780 du Code civil, un alinéa qui y figure encore ... « la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages et intérêts. Pour la fixation de l'indemnité à allouer, le cas échéant, il est tenu compte des usages de la nature des services engagés, du temps écoulé, des retenues opérées et des versements effectués en vue d'une pension de retraite et, en général, de toutes les circonstances qui peuvent justifier l'existence et déterminer l'étendue du préjudice causé ». Il est vrai qu'à partir de ce texte, repris sans changement dans le premier code du travail, le contrôle du juge sur la rupture peut se développer sur de nouvelles bases. Il peut désormais, en cas d'inexécution fautive de l'employeur ayant entraîné la rupture du contrat de travail, non seulement tenir compte du caractère objectif de ces conséquences dans l'attribution d'une compensation indemnitaire, mais aussi tenir compte de la situation particulière du salarié privé d'emploi par l'acte unilatéral de son employeur. L'histoire singulière et l'environnement professionnel de la relation de travail font irruption dans le prétoire.

(1) Évelyne Serverin, « Les litiges du travail au temps du jugement prud'homal ». Rapport de fin d'étude, Revue Nationale des Barreaux, Juin 2002 n°6667, pages 65 et suivantes, Procédure et contentieux RDT n°1, Juin 2006, page 44.

(2) Nombre qui ne prend pas en compte les référés prud'hommes. Ce flux atteint environ 50 000 dossiers par an. Si ces affaires sont rendues « tous droits et moyens réservés quant au fond » et ne sont souvent pas frappées d'appel, leur étude impose un travail de recherche spécifique.

(3) Des Conseils de prud'hommes aux Cours d'appel et des Cours d'appel à la Cour de Cassation, on enregistre à chaque niveau de recours environ 70% de confirmation et 30% de réformation.

* Georges Orwell, dans La ferme des animaux : « Tous les animaux sont égaux, mais certains le sont plus que d'autres »

“
La cour de
Cassation établit
l'essentiel
des normes
juridiques du
travail à partir
des dossiers
prud'homaux.

Exposé central



cette atypie fait sens sur le plan du contentieux quand on observe les saisines de plus en plus nombreuses de la juridiction prud'homale sur les conséquences individuelles des licenciements collectifs, notamment dans les dossiers en série. Cette émergence des contentieux individuels issus de décisions collectives met bien en lumière l'inefficacité du droit collectif de l'emploi face aux restructurations et délocalisations.

Ainsi, ce qui dans d'autres pays est négocié directement avec les organisations syndicales, reste chez nous cantonné dans le droit de la consultation des comités d'entreprise. C'est pourquoi les obligations de faire dans le domaine du maintien de l'emploi n'autorisent pas un véritable respect des engagements pris par les employeurs pour en maintenir le niveau. Ce retard du droit collectif sur le droit individuel n'est pas nouveau (6) et on ne modifie pas la culture sociale d'un pays comme on rédige un texte de loi. Ce retard dans la mise en place d'un droit de la négociation collective modernisé a, paradoxalement, été renforcé par les effets ambivalents des lois Auroux du 28 octobre et du 13 novembre 1982. La première a conforté le rôle du comité d'entreprise face aux syndicats représentatifs et la seconde, tout en modernisant la négociation collective, a introduit subrepticement « le loup dans la bergerie » en permettant la dérogation à l'ordre public social par des dispositions conventionnelles collectives.

On comprend dès lors les difficultés d'une mise à plat de notre système alors que les pratiques du ministre du travail, à l'occasion du débat parlementaire sur la loi du 20 août 2008, ont par ailleurs démontré que les engagements pris dans ce domaine, par la majorité gouvernementale libérale avec les organisations syndicales représentatives pour que la négociation précède la loi dans le domaine social (7), pouvaient être remis en cause devant le Parlement.

(5) Ainsi une étrangeté a conduit les rédacteurs du nouveau code à introduire, dans le Livre II de cette première partie, un Titre III Chapitre 3 section 4 portant sur les licenciements de 10 salariés ou plus dans une même période de 30 jours (Articles L. 1233-21 et s.) ; et une section 6 sur l'accompagnement social et territorial de ces procédures collectives (Articles L. 1233-61 et s.) qui concernent les Plans de sauvegarde de l'emploi (PSE).

(6) Ainsi, si nous nous penchons sur la situation du début du XXème siècle, à une époque où la France n'avait pas de législation sur les conventions collectives, nous observons qu'il y avait alors près de 3 millions de salariés couverts par des conventions, en Angleterre, tandis que notre droit ignorait ce dispositif de régulation des conflits sociaux. C'est dire l'archaïsme du droit de la négociation collective en France, et la différence de culture syndicale et judiciaire avec les pays voisins au sein de l'Union. Ce n'est qu'en 1950, puis au moment des lois Auroux, que nous avons modernisé le système de la négociation collective.

(7) Loi du 3 janvier 2007 dite de « modernisation du dialogue social » devenu les articles L.1 à L.3 du Code du travail actuel.

C'est dans cet esprit que je propose de survoler un itinéraire en trois séquences successives de l'histoire sociale de notre pays pour expliquer l'origine, et la prééminence de la rupture individuelle du contrat de travail sur les droits collectifs des relations du travail, à partir de sa source, la Révolution démocratique bourgeoise de 1789 et ses effets contemporains.

Puis nous nous arrêterons sur l'importance du dispositif de la loi du 13 juillet 1973. Il a marqué les limites jurisprudentielles fécondes au principe de l'employeur seul juge des motifs de la rupture : une révolution dans les mentalités. La loi est le résultat d'une revendication des travailleurs et de leurs syndicats à la suite du mouvement de mai 1968. Ils demandaient, pour le salarié, le droit d'être licencié dans des formes prescrites plutôt que de poursuivre dans l'absence de formalisme qui présidait encore à la rupture des relations de travail. Ils refusaient que l'on puisse encore « être mis dehors » sans procédure, dans les conditions les plus brutales telles que : « *Fous le camp, je ne veux plus te voir ici !* ». A compter de 1973, le licenciement est devenu un droit formalisé, organisé. A n'en pas douter, cet encadrement a bouleversé les rapports sociaux et ses effets se font toujours sentir.

Nous ferons, dans une troisième séquence, une sorte de retour vers le futur. Nous nous interrogerons sur le transfert des principes processuels qui ont limité les licenciements sans cause en observant une involution qui emprunte aux principes du code civil la contractualisation de la rupture par la rupture conventionnelle et le consentement individuel aux conséquences des licenciements collectifs par les Plans de départs volontaires (PDV). C'est la séquence que nous traversons actuellement. C'est celle qui nous pose la question déstabilisante du passage de la contractualisation de l'embauche à la contractualisation du « décrutement ».

Les effets du droit issu de la « Révolution démocratique bourgeoise » de 1789 sur le droit de la rupture du contrat de travail

Que s'est-il passé lors de la Révolution démocratique de 1789 ? La réponse se trouve dans la lecture croisée des écrits de Tocqueville l'égalité devant la justice. Pour autant, les citoyens, notamment dans les cités, n'étaient pas sans droit et sans référence à des règles collectives. Ils appartenaient à une commune. Ils appartenaient à une paroisse. Ils appartenaient à une corporation. Ils savaient dans quels espaces collectifs ils pouvaient exprimer leurs droits. Progressivement, au fur et à mesure de la montée en puissance de la bourgeoisie dans l'activité économique, dans l'administration, dans les parlements et de l'exercice de la justice, les coutumes locales faisaient progressivement place à des normes communes.

Ces normes, le droit du travail, se déployaient dans les structures institutionnelles des corporations. Elles avaient, à la veille de 1789, éclaté en corporations de maîtres et de compagnons et manouvriers. Déjà avant la Révolution, les luttes entre les corporations de maîtres et celles des compagnons étaient dures. Parfois ces luttes se menaient avec violence jusque dans les églises où chaque fraction entendait s'approprier les « Écritures » fondatrices ou les bannières de la fondation originaire. En même temps, la corporation définissait un droit collectif de l'accès au travail et de la formation au sein de la corporation (de l'apprentissage au compagnonnage), du prix du travail, des horaires et les conditions de travail, les jours de congés, notamment à l'occasion des fêtes carillonnées ou de celles des saints-patrons de la corporation et des princes, etc. Pour autant, le développement du commerce industriel conduisait les patrons à tenter d'échapper aux règles collectives, notamment celles qui leur faisaient obligation de n'embaucher que des travailleurs appartenant à la corporation et à ses métiers. La dérégulation était en mouvement. Déjà les idées libérales sur le plan politique servaient de paravent à son extension au domaine social. C'est ainsi qu'à la veille de 1789, un tiers environ des ouvriers parisiens n'appartenait plus à une corporation, ce qui provoquait des conflits. La revendication de la bourgeoisie montante consistait à nier toute entrave au commerce et à l'industrie au motif que chacun devait bénéficier de la liberté individuelle de contracter, y compris dans le

et de Marx. Avant la Révolution, la France vivait déjà dans un Etat de droit, même si les scories de l'absolutisme royal faisaient obstacle à travail. Le « contrat social » devenait asocial au nom de la liberté, comme celle du renard dans le poulailler. D'où la loi Le Chapelier et la mise en place de l'interdiction des corporations. Comme Napoléon perçait sous Bonaparte, le libéralisme du code civil de 1804 perçait sous l'échec de la révolution démocratique populaire de 1793.

Autrement dit, toutes les règles et usages collectifs qui constituaient le statut du compagnon appartenant à une corporation vont être niées au profit du contrat synallagmatique de droit commun entre un patron et son préposé. Tous les contentieux éventuels entre eux vont se régler dans le cadre d'une inégalité reconnue à cette époque malgré le principe de l'égalité contractuelle puisque la première règle dans le code civil d'alors énoncera que, dans le « cas de litige entre le maître et le compagnon sur la durée du travail, le règlement et la quotité des gages, le maître est cru sur sa propre parole. » (Je cite ici de mémoire ...)

Ces principes resteront « en l'état » jusqu'à 1864. A cette époque, Napoléon III (dit le petit) va réformer les dispositions liberticides du code Napoléon qui, dans son ancien article 414 du code pénal, réprimait les citoyens qui s'organisaient en corporations. C'était le délit de coalition. La répression pouvait frapper, soit les maîtres, soit les compagnons. De fait, elle frappait principalement les compagnons, notamment lorsqu'ils croyaient pouvoir se mettre en grève. Au départ, on distinguait deux délits de coalition. Celui qui concernait la coalition des ouvriers, et celui qui réprimait celle des patrons : deux articles distincts, l'article 414 et l'article 415 de l'ancien code pénal. L'écart entre les peines infligées suivant les auteurs de l'infraction donne à voir qu'il y avait dès ce moment un encadrement légal différencié dans l'organisation des rapports entre certains que l'on pouvait dire plus égaux que d'autres. En effet, l'employeur coupable du délit d'entrave à la liberté du commerce et de l'industrie était puni d'une amende, tandis que l'ouvrier coupable du délit de grève était puni d'une peine de prison.

Exposé central



Dans les années 1864, Napoléon III tente une alliance avec le mouvement ouvrier naissant. Il agit comme le fait Bismarck en Prusse. Ce sera l'émergence d'un nouvel encadrement juridique de la grève, très prégnant encore aujourd'hui, dans le droit du travail en France : l'entrave à la liberté du travail et le respect de la liberté du travail. A partir de l'article 414 renouvelé (8) est puni, non pas le mouvement de grève en lui-même, mais le fait de faire entrave à la « liberté du travail » des non-grévistes. C'est une conception très française des relations du travail. Elle n'existe pas dans les pays anglo-saxons notamment. Ainsi dans nos pays voisins, lorsque la grève est organisée dans le respect des règles qui encadrent son déclenchement, son déroulement et sa conclusion, nul ne peut y faire obstacle. La liberté du travail ne peut pas être invoquée par l'employeur.

Depuis 1789, on peut dire que l'histoire des relations du travail, en interdisant le droit de coalition, autrement dit les corporations qui deviendront progressivement les syndicats, on a mis en place un système qui nie le droit collectif au profit du droit individuel (9). Au lieu de promouvoir un système de régulation collective des litiges du travail, notre pays va connaître une multiplication des contentieux individuels devant les juridictions du travail et, à partir de 1804, devant les Conseils de prud'hommes.

C'est devant ces juridictions que se plaideront les contentieux sur l'initiative, l'imputabilité et la responsabilité des conséquences de la rupture par l'une ou l'autre des parties au contrat de travail. A compter du développement du machinisme et de l'industrialisation, cette question va prendre une grande importance en raison de la multiplication des accidents du travail. C'est au travers de la juridiction prud'homale que sera posée socialement la question de la responsabilité personnelle de l'employeur dans l'accident. Cette question va finalement aboutir à la création du système assurantiel et paritaire de l'indemnisation des accidents du travail. Le scandale était devenu énorme et le nombre de contentieux en constant développement. Le système assurantiel de l'indemnisation des risques du travail va servir de trame à l'originalité de notre système de couverture sociale : la forfaitisation des

indemnisations dues aux accidents du travail sera dupliqué dans le système de l'assurance maladie, du chômage, de la retraite et même aujourd'hui du non-emploi, y compris pour ceux qui n'ont jamais été salariés. Ce système assurantiel, jusqu'à nos jours, fonctionne dans le cadre du paritarisme auquel les organisations d'employeurs et les syndicats de salariés sont attachés, comme ils le sont, par ailleurs, au paritarisme prud'homal.

Le paritarisme assurantiel a ses incontestables vertus. Il est le socle du système de protection sociale de notre pays. Chez certains de nos voisins, partenaires dans l'Union européenne, ces régulations s'inscrivent dans les missions propres du syndicalisme. C'est la raison pour laquelle je suis souvent surpris par les déclarations à l'emporte-pièce de certains hommes politiques, de gauche comme de droite, qui comparent le syndicalisme français et le syndicalisme des pays anglo-saxons ou scandinaves alors que leurs fonctions sociales sont différentes. Quant les syndicats scandinaves, belges, allemands assurent la couverture sociale de leurs adhérents, gèrent de puissantes caisses de grève, possèdent de grandes entreprises dans le domaine des transports, du tourisme, de la culture etc., on ne peut comparer leur taux d'adhésion à celui du syndicalisme français sans faire de graves contresens. D'ailleurs, dans ces pays, les commentateurs mettent en avant la capacité du syndicalisme français à mobiliser des centaines de milliers de salariés dans des grèves et des manifestations qui montrent que, si notre syndicalisme est affaibli, le malade possède encore une énergie considérable qui le rend capable de démontrer ses forces.

C'est donc en comprenant les causes juridiques de la répression contre l'organisation collective des travailleurs que l'on peut comprendre la place que prend l'institution prud'homale dans notre pays. C'est à partir de cette institution que se développent les normes de droit que la Cour de Cassation établit par son interprétation de la loi. Ce qui explique que l'empreinte des énonciations du code civil ait été, et soit encore, si prégnante, en particulier les principes stipulés par la responsabilité contractuelle autour des articles 1134, 1142, 1184 et 1315.

Cette prééminence de la rupture du contrat de travail dans la généalogie des sources de droit, au travers de la prud'homie, explique une part de l'anémie d'un droit moderne de la négociation collective comme l'archaïsme des relations collectives du travail. Il est permis d'espérer que la loi du 20 août 2008, dans son «volet représentativité» qui a mis les salariés « du rang » à la base de la démocratie syndicale, permette un renouveau de dispositifs paritaires. On retrouverait alors le cheminement de la « Grande prud'homie ». Elle serait négociée au sein des groupes et des entreprises à structures complexes (et/ou des territoires pour les très petites entreprises, les TPE) qui constitueraient, dans leur champ propre, des commissions pour que les salariés, individuellement ou collectivement, puissent

contester la suppression d'emploi qui les frappe avant que la décision ne leur soit opposable. Pour peu que le législateur décide que ce dispositif soit nécessaire à l'extension des conventions collectives, on constaterait une réduction significative des contentieux individuels du travail à tous les niveaux de l'institution judiciaire.

Il m'a semblé utile de revenir sur cette généalogie des sources du droit du travail. Il résulte essentiellement des contentieux issus des litiges touchant à la rupture individuelle des relations professionnelles entre employeurs et salariés.

Ces principes ont structuré la doctrine dite de « l'employeur seul juge », dominante pendant des décennies.

L'émergence d'un droit du licenciement encadré par une procédure préalable, d'assistance et d'aide à l'expression des droits de la défense du salarié, avant la décision unilatérale de l'employeur

Sous réserve d'une explication plus rigoureuse qui mettrait en avant la loi de 1880 qui a permis une maturation de la jurisprudence autorisant la condamnation des employeurs qui licencient des salariés avec légèreté blâmable, brutalité excessive, intention de nuire, comme on le soutenait avant la loi du 13 juillet 1973, je privilégie cette deuxième séquence qui marque l'émergence d'un encadrement procédural spécifique au licenciement. Différents textes successifs vont en étendre la portée en créant une synergie efficace entre le respect des règles de procédure qui encadrent le licenciement et l'appréciation de sa cause si le juge est appelé à en examiner la régularité et le fondement.

Quand on se reporte aux textes syndicaux de cette époque, on y trouve des critiques qui nous paraissent aujourd'hui absurdes. Pour ma part, j'ai tenu des propos du même ordre. J'ai soutenu, mais je ne crois pas l'avoir écrit, que l'énonciation des motifs dans la lettre de licenciement était dangereuse. Comme le « livret ouvrier » de la fin du XIXe siècle, elle allait permettre aux patrons de connaître le « casier disciplinaire » de chaque candidat à l'embauche. La notion d'« énonciation des motifs » était

ainsi perçue comme une opportunité pour les employeurs d'exiger de celui qui demandait à être embauché qu'il remette avec son dossier de candidature les lettres de licenciement de ses précédents patrons.

C'est ici rappeler qu'il faut rester modeste quand on se souvient de ces premiers commentaires, bien trop hâtifs et idéologiques, puisqu'ils ne prenaient pas appui sur l'expérience du terrain. Au moment de la publication du texte de la loi de 1973, nous avons été frileux face à ses divers apports, à l'exception de la CFDT. A cette époque, sous l'impulsion de Jean-Paul Murcier, responsable de son secteur juridique confédéral, cette « centrale » faisait montre d'un regard plus juste que celui des autres organisations syndicales. Qu'a apporté la loi du 13 juillet 1973 ? Philippe Waquet le dira mieux que je ne peux le faire. Il a été l'un des plus habiles artisans de son application. De mon expérience d'avocat défendant les intérêts des salariés, je suis toutefois en mesure de distinguer l'apport de trois types de garanties : la garantie de fondement, la garantie d'indemnisation, la garantie de procédure.

“
Les causes juridiques de la répression contre l'organisation collective des travailleurs permettent de comprendre la place de l'institution prud'homale.

(8) A la suite de la recodification du code pénal, l'article 414 de Napoléon III est devenu – sans aucun changement rédactionnel – l'article 431-1 du Code pénal actuel qui régit « l'entrave à la liberté du travail ».

(9) Sur ces questions, je vous renvoie aux travaux de François Ewald qui restent à mes yeux fort éclairants, même si cet auteur est devenu l'un des conseillers du MEDEF.

Exposé central



A partir de 1973, le droit du licenciement devient un droit processuel encadré par le contrôle du juge : les droits de la défense entrent dans l'entreprise.

LA GARANTIE DE FONDEMENT

A compter de la loi du 13 juillet 1973, la pensée juridique dominante de « l'employeur seul juge » des décisions unilatérales d'exercice du pouvoir de direction au sein de l'entreprise, notamment en matière de discipline, de promotion, d'organisation, va se heurter de plus en plus souvent au contrôle *a posteriori* du juge, tant sur la régularité procédurale que sur la juste cause de sa décision. Si l'employeur restait « seul juge » du moment et de la qualification de la décision du licenciement, il lui a fallu, à compter de 1973, gérer la « menace crédible » d'un contentieux susceptible d'entraîner un contrôle plus efficace du juge sur la régularité de la procédure, et un coût significatif en cas de condamnation de l'entreprise pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Autrement dit, l'employeur restait seul juge de sa décision, mais sous le contrôle du juge. Cette obligation de justification, certes *a posteriori*, a été considérée comme une ingérence inacceptable du juge dans la gestion de l'entreprise alors que, pour une partie de la doctrine et du patronat, il était nécessairement incompetent pour apprécier le monde de l'entreprise. Quoiqu'il en soit, des universitaires et des praticiens perspicaces n'ont pas tardé à distinguer la cause qualificative - celle que l'employeur énonçait dans la lettre de licenciement -, de la cause justificative - celle que l'employeur devait justifier devant la juridiction du travail - en cas de contestation du véritable motif de la rupture du contrat. Sans justification fondée sur des faits établis et vérifiables par le juge, donc réels, et suffisamment significatifs pour justifier de la rupture, le juge se devait de dire le licenciement « non causé ».

Quelles que soient les périphrases employées ici ou là pour réduire la portée du changement, le contrôle *a posteriori* du juge, sur l'exigence d'une cause réelle et sérieuse - la garantie de fondement - pour justifier d'un licenciement, réduisait de façon significative la portée du principe de l'employeur seul juge. Du fait de cette irruption de cette garantie de fondement, le juge se trouve investi d'un pouvoir de requalifier les faits allégués par l'employeur au soutien des motifs de la rupture. La cause qualificative qu'il a invoquée peut ne pas être justificative pour entraîner la conviction du juge de l'existence d'un motif réel et sérieux. Même une inexécution fautive d'une obligation peut être considérée

comme réelle mais insuffisamment sérieuse.

Il s'agit d'un bouleversement considérable de l'office du juge qui, progressivement mais inexorablement, sera conduit à admettre la notion de proportionnalité entre la faute commise et la sanction infligée, alors que le licenciement est l'ultime degré de l'exercice du pouvoir disciplinaire de l'employeur. Il ne suffit plus que l'employeur ait *qualifié* la faute, encore faut-il, s'il est cité au Conseil de prud'hommes par un salarié qui conteste son licenciement, qu'il soit en mesure de *justifier* ce qu'il a qualifié de façon téméraire, sans preuve, sans dossier. Nous ne sommes plus dans le régime où le salarié devait rapporter la preuve de l'abus de droit commis par son employeur à l'occasion de son licenciement. La garantie de fondement modifie profondément le régime de la preuve puisque désormais les deux parties doivent contribuer à la preuve : le salarié demandeur pour alléguer de faits démontrant l'absence de fondement du licenciement prononcé, l'employeur pour en justifier le caractère « causé ».

LA GARANTIE D'INDEMNISATION

Une deuxième garantie conforte la première en ce qu'elle établit des coûts plancher d'indemnisation à l'occasion des licenciements en n'en exonérant l'employeur que dans les hypothèses de la faute grave ou lourde. Même si le salarié a commis une faute, et que cette faute n'est pas grave, il bénéficie, à compter de la loi du 13 juillet 1973, d'une indemnité de licenciement égale à 1/10^e de mois par année de présence dans l'entreprise. Ce plancher est souvent amélioré par les dispositifs conventionnels, tant pour le quantum que pour la durée de présence (10). Par ailleurs, les pratiques managériales vont fréquemment transformer la période de préavis en indemnité compensatrice de préavis, avec également des améliorations conventionnelles. Certes il ne s'agit pas, à proprement parler, d'une garantie d'indemnisation, mais il n'est pas inutile d'indiquer qu'elle sera souvent utilisée comme telle.

Par ailleurs, la menace crédible d'un contentieux coûteux augmente pour le cas où le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse dans les entreprises ayant plus de dix salariés et pour ceux qui ont plus de deux années d'ancienneté. L'article

L. 122-14-4 ancien (devenu L.1235-2 et suivants du code du travail) prescrit dans ce cas un plancher d'indemnisation égal à six mois de salaire. Si les difficultés inhérentes au paritarisme conduiront le plus souvent à ce que le plancher devienne le plafond, ce n'est pas le cas devant les Cours d'appel. Il faut cependant observer que l'efficacité de la « menace crédible » s'est érodée avec le temps et qu'elle ne joue plus en faveur des salariés.

Au début des années 70, la moyenne de la durée du chômage entre deux emplois était de deux à trois mois. Les 6 mois d'indemnisation pour licenciement sans cause valaient une sorte d'amende forfaitaire qui dépassait le préjudice matériel provoqué par le licenciement. Ce n'est plus le cas aujourd'hui quand la durée du chômage peut dépasser 18 mois. Les 6 mois d'indemnisation ont ainsi perdu leur caractère dissuasif. Il n'empêche, la garantie d'indemnisation continue à freiner les licenciements arbitraires. Elle a toutefois perdu son caractère de réparation punitive. Dans les pays anglo-saxons, la réparation punitive constitue la menace crédible par le coût potentiel des comportements illégaux ou d'inexécution et d'exécution fautives des obligations contractuelles. Ces condamnations à payer de très lourdes indemnités qui dépassent (et de loin) la réparation du dommage subi, sont au cœur du système de réparation des préjudices dans ces pays, dans le but d'éviter leur réitération par l'exemplarité du coût financier des transgressions des normes légales ou contractuelles. Nous en sommes revenus, dans notre pays, à la nécessité pour le demandeur de justifier l'ensemble des chefs de préjudice qu'il sollicite en réparation des dommages subis du fait des inexécutions fautives ou délictuelles de l'employeur.

LA GARANTIE DE PROCÉDURE

La troisième garantie est la plus importante à mes yeux, la plus fondamentale en ce qu'elle est susceptible d'avoir des conséquences substantielles quant à l'évolution du contentieux (11). C'est la plus démocratique en ce qu'elle initie une obligation d'exécution pour l'employeur : une procédure préalable est nécessaire avant la prise de décision de la rupture unilatérale du contrat de travail. Le contournement de cette procédure, au fur et à mesure de l'enrichissement législatif de la trame initiale de la loi du 13 juillet 1973, ouvre droit à des

initiatives du salarié sur l'exécution en nature de l'obligation contournée ou à des conséquences indemnitaires.

Ainsi, à compter de 1973, le droit du licenciement devient un droit processuel encadré par le contrôle du juge. Nul ne peut désormais être licencié sans avoir été mis en capacité de se défendre, dans l'entreprise, avant toute prononciation de licenciement. Il doit pouvoir connaître les motifs de l'employeur, tant la cause qualificative que la cause justificative, qui explicitent sa décision. C'est là l'innovation principale : les droits de la défense entrent dans l'entreprise. Leur mise en mouvement limite l'arbitraire de la théorie de « l'employeur seul juge ». Cette trame législative va susciter l'imagination des acteurs de terrain par la mise en place d'usages ou la rédaction d'accords collectifs de groupe et d'entreprise.

A titre d'exemple, je compare souvent la situation de deux grandes sociétés du secteur automobile possédant des établissements dans mon département des Yvelines : Renault / Flins et Poissy / Talbot devenu Poissy / PSA. A Flins, le mouvement syndical avait su trouver les formes d'accompagnement des salariés aux entretiens préalables de licenciements projetés. Au cours de ces entretiens, on pouvait engager des discussions / négociations avec le n + 1 ou n + 2. Les délégués privilégient le maintien de l'emploi mais l'analyse des faits les conduit parfois à reconnaître une situation dégradée au point que le licenciement semble inévitable. Dans ce cas, si la faute invoquée était une faute grave, le délégué tentait d'obtenir les indemnités pour licenciement causé. Ces formes de négociation implicites qui se déroulent sur le terrain sont efficaces parce qu'elles sont très en amont de tout contentieux et qu'elles donnent lieu, quand elles sont mises en œuvre, à un procès-verbal d'entretien signé par le salarié, le numéro 1 ou 2 et le délégué accompagnant le salarié. Cette procédure interne choque beaucoup certains de mes amis syndicalistes qui n'ont pas la même vision que moi du rapport entre l'oral et l'écrit. Pour ma part, j'estime que cette procédure est une conquête ouvrière. Quand je comparais le flux judiciaire émanant de Talbot / Poissy et celui de Renault / Flins, le rapport allait de un à dix, ou plus. En réalité, la formalisation nécessaire de l'entretien préalable, acceptée par la direction à Flins en raison de l'influence syndicale du temps de l'unité d'action CGT-CFDT, conduisait

(10) L'indemnité légale de licenciement a été désormais portée à 1/5^{ème} de mois par année d'ancienneté.

(11) Sur l'importance des « garanties de procédure » dans le dispositif de la loi du 13 juillet 1973 : Tiennot Grumbach, *La défense prud'homale*, Tome I, Édition APIL Versailles, 1979.

Exposé central



à la négociation du maintien de l'emploi ou de l'indemnisation équitable. La présence d'un syndicalisme indépendant et proche des intérêts de l'employeur ne permettait pas une telle formalisation. Pour moi, cette procédure préalable, qui améliorerait encore la loi du 13 juillet 1973, expliquait le différentiel du flux judiciaire entre les usines de Flins et celles de Poissy.

La loi de 1973 a clairement mis en évidence le rapport entre le processuel et le substantiel, dans toute une série de situations au sein desquelles le processuel est au cœur des droits de la défense du salarié avant que la décision ne soit prise. Et c'est une liberté démocratique. Et elle ne coûte rien. Il ne s'agit pas de budget, mais de liberté. La liberté, comme la dignité, n'ont pas de prix. Il s'agit des conditions dans lesquelles le salarié a le droit de se défendre, et l'employeur a le devoir d'entendre - mais il reste libre de sa décision. Il n'y a donc pas d'entrave à sa liberté ni de coût supplémentaire, mais l'organisation d'une discussion contradictoire avant que la décision ne soit prise. Ce qui existe dans le droit individuel existe dans le droit collectif. Mais existent aussi les extensions, par la Cour de Cassation, des garanties de procédure puisque, dès lors que les acteurs sociaux sont convenus de mettre en place des commissions paritaires, celles-ci sont considérées comme étant des procédures substantielles. Ce mouvement du droit qui lie étroitement la garantie de procédure et les garanties portant sur le fond du droit, le droit substantiel, est une donnée récente de la lecture des dispositifs juridiques qui empruntent nombre de principes au droit de l'Union européenne.

Reste que ce mouvement rencontre une grande résistance dans le milieu patronal, notamment chez les DRH, et un certain nombre de conseillers prud'homaux du collège employeur. Ceci explique-t-il cela ? Quoiqu'il en soit, de nombreux médias, de la presse écrite ou audiovisuelle, ne cessent de dénoncer l'inadaptation et la complexité des règles de procédures. Ce sont elles qui feraient obstacle à l'accès à la justice et généreraient la durée des contentieux en renchérissant les coûts de la défense. Ces « marronniers » des chroniqueurs sur les dysfonctions de l'institution judiciaire

opacifient la réalité : la judiciarisation des rapports entre personnes physiques et/ou morales dans les pratiques quotidiennes au sein de la société civile est une donnée incontournable dans les sociétés démocratiques. Elle reflète la multiplicité des échanges contractuels multiformes dans une société complexe (12).

Xavier Lagarde écrivait en 2004 : « La "substantialisation" du procès équitable se traduit également par la procéduralisation du droit substantiel..., une tendance lourde du droit contemporain. » C'est cette piste que j'avais moi-même suivie pendant plusieurs années en distinguant « procéduralisation » et « processualisation », notamment en droit du travail (13). Désormais, je rejoins d'autres commentateurs amis qui utilisent le terme substantialisation plutôt que procéduralisation, terme utilisé dans un autre contexte par des économistes. Pour indiquer la force obligatoire des procédures extrajudiciaires que le juge se doit de contrôler, le respect des droits de la défense dans la mise en mouvement de ces procédures, nous parlons désormais de substantialisation (14). Ce contrôle des procédures extra-judiciaires qui impacte le droit substantiel est particulièrement important en droit du travail. La CGT unitaire d'avant 1914 proposait déjà la mise en place d'une « grande prud'homie » au sein des entreprises. Si cette voie de raison avait été entendue, nul doute que le flux judiciaire vers les Conseils de prud'hommes n'aurait pas été aussi fourni. En effet, la chambre sociale considère que le non-respect des garanties de procédures conventionnelles entraîne l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement. On comprend dès lors toute l'importance prise, au fur et à mesure des années qui passent et depuis 1973, par l'extension du champ des garanties de procédure instillées par les différents avatars de la loi Fontanet dans le droit de la rupture du contrat de travail. Progressivement, elles ont encadré le droit de la rupture unilatérale et se sont trouvées renforcées par l'influence du droit à l'accès au juge et au procès équitable qui ressort de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

Ces normes, issues du droit de l'Union européenne, amplifient l'interaction entre le processuel et le substantiel. Elles font obligation au juge de contrôler que ces garanties n'ont pas été mises en œuvre de façon formelle, mais de façon effective, afin que la partie qui en est titulaire ait bien été en capacité d'en bénéficier. On comprend alors que le contrôle de la haute juridiction sur les garanties de procédure se répartisse en deux types d'appréciations distinctes. Certaines de ces irrégularités vont être considérées comme insuffisantes pour induire des effets dans le droit substantiel si elles n'ont pas compromis les droits de la défense de l'une ou l'autre des parties. D'autres, *a contrario*, seront analysées comme entraînant une condamnation automatique de l'employeur. Détenteur du pouvoir de direction, en privant le salarié des droits de la défense dont il est titulaire, avant même le prononcé d'une sanction grave pouvant aller jusqu'à la privation de l'emploi et des salaires subséquents, l'employeur, par décision unilatérale, ne peut en quelque sorte considérer le salarié comme « présumé coupable » sans que celui-ci ait bénéficié des droits de la défense. Toute transgression de ce principe fondamental dans une société démocratique affecte de façon substantielle la décision prise qui est nulle ou inopposable à l'autre partie. La judiciarisation de la société civile dont le droit du travail a été une trame initiale en raison même de la théorie de « l'employeur seul juge », et le nécessaire contrôle du juge qu'elle induisait, sanctionnent les abus et les excès des pratiques féodales de certains dirigeants d'entreprise.

La distinction faite entre sanction de l'irrégularité procédurale, entraînant une condamnation de principe, et sanction substantielle, affectant le fond même de la décision prise, est d'autant plus importante que la chambre sociale de la Cour de Cassation a clairement indiqué que les garanties de procédure qui accompagnent le licenciement sont contrôlées tout au long du processus processuel. Or ce processus se décline tout au long de la procédure judiciaire, de l'enrôlement du contentieux au greffe du Conseil de prud'hommes, jusqu'au prononcé de la décision définitive, éventuellement jusqu'à la Cour de Cassation.

C'est la raison pour laquelle, depuis 1975, je m'évertue à défendre le rapport entre la procédure préalable au prononcé du licenciement et le processus processuel qui

commence dès « l'audience initiale » avec son bureau de conciliation. Pour le salarié licencié, la vie continue après le prononcé du licenciement alors que les effets patrimoniaux de l'exercice du pouvoir de direction par son ancien employeur perdurent tout au long de la procédure judiciaire. A titre d'exemple, un salarié licencié pour faute grave se voit privé par la décision unilatérale de son employeur de son droit à exécution du préavis et de ses indemnités de licenciement légales et/ou conventionnelles. De même, un salarié licencié sans motif réel et sérieux se voit privé, par décision unilatérale de l'employeur, de la perte d'une chance du droit à poursuivre son emploi avec tous les droits qui s'y attachent au niveau des cotisations retraite, de la prévoyance et des avantages sociaux spécifiques à l'entreprise (œuvres sociales du comité d'entreprise par exemple). Dès lors, pour le salarié qui introduit un contentieux contre son employeur, la procédure prud'homale prolonge les effets de sa vie dans l'entreprise par l'exigence des indemnités compensatoires du préjudice subi. C'est la raison de l'âpreté des débats devant la juridiction prud'homale lorsque le demandeur salarié revendique la prise en compte de son vécu, de son « être », alors que le défendeur employeur parle « avoir », organisation, hiérarchie, management.

La loi du 13 juillet 1973 a donc apporté, c'est ma conviction profonde, une garantie démocratique incontestable. C'est là l'apport le plus « révolutionnaire » du mouvement social et culturel de « mai 68 ». Cette retombée issue du protocole de Grenelle a transformé profondément les débats entre les parties, et leurs contributions au contrat de travail, sur la cause du licenciement avant la décision de l'employeur. Une telle obligation impose à la direction de l'entreprise le formalisme incontournable du respect des droits de la défense avant toute décision qui affecte les droits substantiels d'une personne physique ou morale. Quand en 1968, comme tant d'autres, j'ai soutenu que « le pouvoir était au bout du fusil », je ne savais pas encore, comme l'a déclaré un dirigeant actuel du PS, ancien « gauchiste », que « *Si le pouvoir est au bout du fusil, il est aujourd'hui dans l'armoire et on en a perdu la clé.* » C'est pourquoi je préfère mon travail de terrain de syndicaliste à toute proclamation verbale, sans privilégier les rapports de force violents, à toute autre méthode d'expression des contradictions. Comme l'écrit Jhering, « *La forme est la sœur jumelle de la liberté.* » Avant lui, notre bon

(12) Cela fait de longues années que nous débattons de cette question, avec quelques autres, en recherchant une formulation qui synthétise ce que Xavier Lagarde avait désigné comme « la procéduralisation du droit privé » : évolutions du droit privé (contractualisation et procéduralisation), Université du Barreau de Rouen, Publication de l'Université de Rouen p.141.

(13) Tiennot Grumbach ; « Du processuel au substantiel », Études offertes à Jean Pélissier, Dalloz, 2004, notamment p. 261.

(14) Évelyne Serverin et Tiennot Grumbach, à paraître, RDT, février 2011.

Exposé central



La Fontaine exprimait cette même idée dans la fable du loup et de l'agneau. Sans protection formelle effective de l'égalité des parties devant le juge et la loi, « *La volonté du plus fort est toujours la meilleure.* » Les garanties de procédure sont là

pour faire obstacle à l'expression de la force au-delà du droit.

Les garanties de procédures : la force des agneaux !

De l'encadrement procédural des licenciements à la contractualisation des « décrets » d'un commun accord : la rupture conventionnelle et les Plans de départs volontaires

Notre rudimentaire découpage en trois périodes distinctes pour aborder l'histoire juridique de la rupture du contrat de travail nous conduit à la période actuelle qui se poursuit sous nos yeux. Elle est récente. Elle trouve probablement sa lointaine filiation dans l'ouverture à la dérégulation initiée par les lois Auroux. Il est plus probable que ce ministre n'avait pas imaginé qu'il ouvrirait la boîte de Pandore en autorisant des procédures permettant aux « partenaires sociaux » de déroger à l'ordre public social par l'accord des partenaires sociaux. C'est à compter de ce moment que s'est développé un processus d'affaiblissement des obligations légales, au profit de l'idéologie du « tout contractuel » qui est l'une des thèses de la contre-réforme libérale dans le droit du travail, et plus spécialement dans le droit du licenciement. Progressivement sont apparues de nouvelles pratiques managériales de « ruptures d'un commun accord » aboutissant à l'émergence de véritables « ruptures du troisième type » (15).

Il en est ainsi dans les processus historiques de longues périodes. Ce qui n'était qu'une contradiction infiniment secondaire, du temps des premières applications des lois Auroux, deviendra au cours des années une contradiction de principe. Cette troisième séquence permet d'apercevoir une véritable remise en cause des acquis précédents. Ceux de la première séquence qui, à partir de l'interdiction du contrat à vie, a agencé le droit du contrat de travail à durée indéterminée à partir de l'embauche. Puis, dans la deuxième séquence, l'encadrement procédural du droit du licenciement incorporant les garanties de fondement et d'indemnisation

au profit des salariés au moment de la rupture de leur contrat. Au cours de ces deux périodes, à compter de la fin du XIXe et du XXe siècle, ce droit trouve ses architectes au sein des partis sociaux-démocrates et chrétiens-démocrates quand ils exercent les responsabilités gouvernementales. La volonté politique, au fondement de ces progrès du droit, a pour but de compenser l'inégalité consubstantielle des parties à l'occasion de la signature ou de la rupture du contrat de travail. Entre celui qui demande et celui qui offre le travail, entre celui qui prend la décision de licenciement et celui qui la conteste, il existe une inégalité de fait et de droit incontournable : celle de l'exercice du pouvoir hiérarchique de direction qui appartient à l'une des parties et la subordination consentie par l'autre sans laquelle il n'y a pas de contrat de travail.

Pour compenser cette inégalité, les sociaux-démocrates et les chrétiens-démocrates, tout au long du XXe siècle, ont proposé des lois de protection. La loi du 13 juillet 1973 et suivantes illustrent l'apogée de cette volonté politique de moduler les principes énoncés par le code civil sur la liberté du consentement et l'égalité des parties dans la conclusion des contrats synallagmatiques de droit commun. Cette volonté politique a favorisé l'autonomie du droit du travail face aux principes du droit civil et du droit des sociétés. C'est ainsi que nous interprétons la mise en œuvre de dispositifs légaux favorisant l'égalité juridique face au juge, notamment par la recherche de la preuve allant jusqu'à la production des pièces nécessaires à la solution du litige et à l'affirmation de la conviction du juge. Cette volonté politique s'énonce comme la nécessité d'une compensation

partielle de l'inégalité économique qui, par ailleurs, n'est pas remise en cause dans son principe. Ces garanties pour compenser l'inégalité hiérarchique devaient avoir été mises en place au moment de l'embauche, à l'occasion des novations du contrat de travail ou de sa rupture. Elles doivent permettre aux salariés, en cas de litige, de faire valoir leurs droits – c'est ce que nous appelons la menace crédible du contentieux. Sans cette menace, celle de « la force des agneaux », c'est la liberté totale de l'employeur.

Au cours de cette période, les possibilités de « ruptures d'un commun accord » ont trouvé leur consécration légale. Avec le sceau de la légitimité, tiré de la signature de l'Accord national interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2008, et son « élargissement législatif » par la loi du 20 août suivant, ont été reconnues ces « ruptures du troisième type » : la rupture conventionnelle et les Plans de départs volontaires (PDV) censés représenter des mesures d'accompagnement des Plans de sauvegarde de l'emploi (PSE). Ces PDV sont, le plus souvent, la seule mesure effective de l'accompagnement de ces vastes Plans de sauvegarde de l'emploi, si mal nommés. Les autres mesures d'accompagnement, maintien dans l'emploi ou droit à un autre emploi, ne sont exposées que pour la forme, en trompe-l'œil, en quelque sorte.

Par ces deux dispositifs, il nous est désormais proposé un système dans lequel nous pourrions contractualiser la rupture, comme si les deux parties étaient égales, tant dans la conclusion que dans l'exécution et la rupture du contrat. Autrement dit, la négation des acquis des deux premières séquences. Pour justifier « théoriquement » cette thèse, il nous est soutenu que l'article 1134 du code civil s'appliquerait tout aussi bien à la rupture du contrat qu'à l'embauche et aux novations du contrat en cours d'emploi. Je ne le crois pas. Je pense que lorsque le doyen Philippe Waquet était en responsabilité, avec les différents présidents qu'il a suivis (ou qui l'ont suivi), a été restaurée une juste compréhension des règles du code civil qui s'appliquent au droit du travail. A cette époque n'avait jamais été remise en cause l'inégalité des parties dans la conclusion, l'exécution et la rupture du contrat de travail.

Toutefois, il est vrai qu'il a fallu recourir alors à des emprunts au code civil afin de tenir compte de

nouveaux risques sociaux. Les modes de gestion des « relations in-humaines » dans l'entreprise ont généré des comportements managériaux nouveaux : gestion par le stress, gestion par la performance, harcèlement professionnel, inégalité de traitement dans la rémunération par l'abandon des conventions collectives traditionnelles au profit des conventions à critère classant, personnalisation de l'engagement du salarié au service des « valeurs » de l'entreprise, etc. Ce management « à l'américaine » a induit des contentieux nouveaux, à l'initiative de l'une ou l'autre des parties et portant sur l'exécution / inexécution fautive ou déloyale des obligations du contrat de travail, en cours d'emploi, à l'occasion de l'exécution du contrat, ou à l'occasion de novations imposées. C'est dans ces conditions, pour trancher ces nouveaux litiges survenus à l'occasion de l'exécution du contrat, même si par la suite le litige évoluait vers la rupture subséquente au litige sur l'exécution, que la Cour de Cassation a emprunté aux principes du code civil la notion d'exécution *loyale* des obligations contractuelles. Ce furent les effets positifs, à long terme, de l'arrêt *Raquin* (16) sur la modification du contrat de travail et de l'arrêt *Ponsolle* (17) sur l'égalité de traitement.

C'est à partir de ces arrêts que naissent et se développent de nouveaux contentieux sur la prise d'acte de la rupture du contrat de travail et des demandes contentieuses de résiliation judiciaire. Ces contentieux vont monter en charge lentement mais assurément. Leur importance est devenue telle que la lecture des arrêts publiés et non publiés de la Chambre sociale sur ces questions donne à voir un bouleversement des pratiques des salariés eux-mêmes. Désormais, quand les salariés ne supportent plus des modifications imposées aux dispositions de leur contrat, les inégalités de traitement et discriminations illicites qu'ils subissent, ils prennent eux-mêmes l'initiative des ruptures en demandant qu'elles soient imputables à l'employeur. Ce débat sur l'initiative et l'imputabilité avait déjà intéressé les commentateurs à l'occasion de l'arrêt *Petit Bateau*.

Ce débat n'avait pas prospéré, le législateur ayant remis de l'ordre « dans la maison ». Mais par la suite, sous l'influence du doyen Waquet, les arrêts *Raquin* et *Ponsolle* ont replacé la loyauté dans l'exécution du contrat de travail au cœur du dispositif du code

(15) Agnès Martinel, conseiller référendaire à la Cour de Cassation, « Ruptures du troisième type », *Semaine Sociale Lamy*, 18 septembre 2006, n° 1274, p.8. Voir aussi Tiennot Grumbach et Jean Pélissier, « Résiliation judiciaire et autres cas de rupture du contrat de travail », *RDT* 2007, p 28 ; Jean-Yves Frouin, « Les ruptures du contrat de travail à l'initiative du salarié », *RDT* 2007 ; Tiennot Grumbach, « Un premier jugement sur la rupture conventionnelle », *SSL* 10 novembre 2008, n°1374, p 12 ; Savine Bernard et Tiennot Grumbach, « L'examen par le juge du consentement du salarié à la rupture : le bel avenir de la jurisprudence sur la prise d'acte, la démission et la rupture conventionnelle », *RDT* 2008, p 254 ; Tiennot Grumbach et Évelyne Serverin, « De l'abus dans le recours à la rupture conventionnelle », *SSL* 21 juin 2010, n°1451.

(16) Arrêt *Raquin* Cass. Soc. 8 octobre 1987 n°84-41902 Bull. Civ. V n°541, *Droit Social* 1988, p 141, *Observations Jean Savatier* ; voir aussi « Les grands arrêts du droit du travail », *Dalloz*, n°49, p264 et s.

(17) Arrêt *Ponsolle* Cass. Soc. 27 octobre 1996 Bull. Civ. V n°359, voir « Les grands arrêts du droit du travail », *Observations Antoine Lyon Caen* n°68.

“
2008, des « ruptures du troisième type » sont reconnues... Je ne crois pas que le droit du travail puisse s'affranchir de l'idée de subordination.

Exposé central



civil. Un retour à certaines dispositions dont les employeurs ne cessaient jusqu'alors de vanter les vertus. « Prenons la jurisprudence Raquin. Elle a réclamé une longue réflexion sur la nécessité de redonner au contrat de travail sa force obligatoire, en appliquant l'article 1134 du Code civil, et sur la technique employée pour y parvenir (18). » Ces emprunts aux principes du code civil à l'occasion de l'exécution ne remettaient pas en cause l'inégalité des parties au moment de la conclusion ou de la rupture du contrat de travail. Il en est différemment de la « rupture conventionnelle » et des Plans de départs volontaires (PDV). Si je crois bien volontiers que les syndicats signataires de l'ANI n'ont pas mesuré tous les effets pervers de la rupture conventionnelle, il est désormais temps de faire un bilan des conséquences sur l'emploi et les rapports sociaux dans les entreprises de ces deux dispositifs.

LA RUPTURE CONVENTIONNELLE

Pour la seule rupture conventionnelle, nous constatons une montée en charge vers 500 000 dossiers acceptés depuis l'origine du dispositif. Les dernières études démontrent que les ruptures conventionnelles pour les travailleurs âgés sont très importantes et qu'elles dépassent, et de loin, la proportion des ruptures pour autre cause dans l'ensemble des cohortes de salariés subissant une rupture pour autre motif. Cela ne doit pas nous étonner. Nous sommes bien là au cœur d'une contradiction.

Les organisations syndicales rassemblées dans l'intersyndicale affirment qu'il faut aménager les retraites de telle façon que les salariés entrés le plus tôt dans des contrats pour exécuter des travaux pénibles et difficiles puissent partir plus tôt à la retraite. Lorsque vous avez, dans une entreprise, une personne qui a été en 3 x 8 depuis l'âge de 16 ans, et qui a la possibilité de conclure une rupture conventionnelle, il est difficile de s'y opposer. Mais combien d'années ce salarié va-t-il rester à la charge de Pôle emploi, alors que l'entreprise est largement bénéficiaire d'une rupture dont le coût est très largement supporté par les cotisations sociales de l'ensemble des travailleurs et des entreprises collectées par le système assurantiel

paritaire du chômage et par le système des AGS *. Il y a là une dérive considérable qui génère des effets d'aubaine pour une fraction des salariés et pour les sociétés. Nombreux sont en effet les employeurs qui gèrent les ruptures conventionnelles et les Plans de départs volontaires comme des outils de gestion prévisionnelle de l'optimisation des résultats financiers au profit des actionnaires. Or, au risque de me répéter, ceux qui ont mis en place ces dispositifs ne peuvent ignorer que les deux parties sont inégales en fait et en droit. Si elles ont un intérêt patrimonial distinct, elles ont toutefois, au moment de la procédure de régularisation de la rupture conventionnelle comme à l'occasion de l'acceptation par le salarié des avantages indemnitaires du plan de départ volontaire, un intérêt patrimonial partagé au détriment de la gestion et du financement de Pôle emploi. Le salarié, au-delà des indemnités qu'il perçoit de l'entreprise, pourra bénéficier d'indemnités de chômage significatives dont il n'aurait pas pu bénéficier en cas de démission ou de rupture d'un commun accord, par transaction. L'employeur, pour sa part, va bénéficier d'une contraction de la masse salariale à moindre coût en évitant la mise en place d'un Plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) et toute contestation judiciaire sur les causes de la rupture.

LE PLAN DE DÉPART VOLONTAIRE

Il en est de même dans les PDV qui accompagnent les PSE. Un plan de sauvegarde de l'emploi avec un plan de départ volontaire peut déboucher sur des injustices. Ainsi la jurisprudence récente, l'affaire Renault (19) notamment, qui a autorisé des ruptures par PDV sans que les procédures nécessaires au reclassement ne soient mises en œuvre, favorise des procédures collectives de droit au départ sans que l'employeur n'ait mis en place une politique de préservation des emplois, de formations permanentes des salariés en vue de l'adaptation de la société aux changements économique, technologique et organisationnel. Ce faisant, les PDV permettent des plans de sauvegarde de l'emploi sans que ne soit rapportée la preuve de la cause économique initiale qui les génère. Quand il n'existe pas de véritable cause économique au PSE et que ce plan s'accompagne

d'un PDV particulièrement attractif, un « chèque valise » par exemple incluant des indemnités extra-conventionnelles bien plus importantes que celles prévues par la convention collective de référence, il est fréquent qu'il y ait plus de volontaires que d'élus. En effet, au moins deux populations ont un intérêt patrimonial évident à la conclusion d'un PDV : les salariés âgés et les cadres supérieurs ou ceux qui détiennent un savoir-faire très recherché dans leur qualification.

A titre d'exemple, chacun se souvient de l'emblématique affaire Pages Jaunes. Je me suis demandé comment la Cour de Cassation n'avait-elle pas remarqué que, dans ce contentieux concernant une entreprise de plus de 1 000 salariés, il n'y avait que 110 volontaires pour contester le licenciement économique, et pourquoi aucune organisation syndicale n'était intervenue dans l'action judiciaire. Toutes avaient en effet signé un accord favorable aux intérêts de l'immense majorité des salariés. La notification individuelle de la modification collective des modes de rémunération n'était contestée que par ceux qui avaient intérêt à la rupture. Cette centaine de demandeurs, dont le refus entraînait, vu leur nombre, l'ouverture d'un PSE, étaient des cadres commerciaux qui, pour une partie d'entre eux, touchaient des salaires avec une part variable importante, parmi les plus élevés de l'entreprise. En cherchant la rupture, ils bénéficiaient donc d'un avantage financier, d'un effet d'aubaine. Cet effet d'aubaine constitue, à mes yeux, un détournement d'objet des règles protectrices des procédures de licenciement pour motif économique.

S'il est vrai, c'est ce que soutiennent encore certains des signataires de l'ANI du 11 janvier 2008, qu'il existait à la marge de très nombreux cas de transactions passées entre les parties, assistées de leurs avocats qualifiant de motif économique des licenciements pour faute, ou de cause réelle et sérieuse des licenciements prononcés pour faute grave, ce qui avait certes les mêmes effets sur le financement des ASSEDIC, il s'agissait d'un système qui ne fonctionnait qu'à la marge et n'avait donc pas les mêmes effets de masse, ni les mêmes conséquences sociales, que les deux dispositifs actuels.

Le rôle des avocats, qui défendent des cas individuels, n'est pas de se substituer au législateur. On peut comprendre que l'accord entre

les parties favorise une transgression à la marge des dispositifs légaux. Lorsqu'en tant qu'avocats nous avons des cas individuels, nous devons écouter ceux qui nous confient la défense de leurs intérêts matériels et moraux à titre individuel. Il ne nous appartient pas de dire la norme. Les souffrances qui justifient une transaction adossée à une misère humaine, intellectuelle ou physique, individuelle, ne devaient pas aboutir à un système collectif légitimant des fraudes massives à la loi. Il est donc plus hasardeux de faire de l'exception une règle légale.

Socialement, les PDV sont une tromperie. Ils donnent la capacité à ceux qui les ont organisés, les cabinets d'audit, de mettre en place un « décrutement » collectif en partant de l'idée que l'initiative est salariale. Ils s'adosent aux difficultés procédurales d'une contestation future de la cause réelle et sérieuse de la rupture. Pendant ce temps-là, des chômeurs de longue durée ont du mal à être indemnisés.

Pour conclure, je voudrais dire que le rêve de tout employeur intelligent est de transférer à chaque salarié la responsabilité de la gestion de son propre travail. Il devient ainsi son auto-exploiteur. Aujourd'hui, les frontières du salariat explosent. Il vaut mieux employer des personnes qui ne sont pas des salariés, privilégier la sous-traitance avec des travailleurs indépendants, des artisans assujettis économiquement, avec toutes sortes de personnes proposant des services à l'entreprise afin d'externaliser les responsabilités. Les modes de gestion actuels sont des modes d'individualisation sous l'apparence de l'indépendance et de l'autonomie de ces « agents ». Je ne crois pas que le droit du travail puisse s'affranchir de l'idée de subordination. Et je réfute la thèse de la contre-réforme libérale qui soutient que ce sont dans les rapports individuels que résident les protections de la liberté. Ce sont toujours les organisations syndicales et les institutions représentatives du personnel qui sont les garantes des libertés individuelles. Sans liberté collective, il ne peut y avoir, dans l'entreprise, de véritables libertés individuelles. Encore une fois, ce sont les combinaisons des procédures de défense individuelles et collectives qui garantissent les droits et libertés des travailleurs face à l'assujettissement économique au pouvoir de direction. « La force des agneaux ». ■

(18) Philippe Waquet, « Retour sur l'arrêt Ponsolle », RDT, Janvier 2008, p 23

(19) Cass. Soc. 26 octobre 2010 n°09-15187 - Commentaires : Françoise Champeaux, SSL 2 novembre 2010, n°1465, p 6 ; « Le sacre du PDV autonome » Pierre Bailly, Conseiller rapporteur, « Volontariat et reclassement. Quelle compatibilité ? »,

Ibid, p 8 ; Emmanuel Dockès, « Le PSE sans reclassement : naissance d'une chimère », Ibid, p 11.

* AGS : Association pour la gestion du régime de garantie des créances des salariés.

Ibid, p 8 ; Emmanuel Dockès, « Le PSE sans reclassement : naissance d'une chimère », Ibid, p 11.

Table ronde



Philippe Waquet

Bernard Laurençon

Merci Tiennot Grumbach pour cet exposé magistral qui ouvre des pistes pouvant être discutées, qui sont peut-être discutables.

Je me tourne, cette fois-ci, vers le doyen Waquet, déjà plusieurs fois interpellé tout à fait positivement, mais des collègues l'interpelleront peut-être négativement. Je vais lui demander son point de vue par rapport aux pistes ouvertes par Tiennot Grumbach, avec les grandes interrogations suscitées par sa dernière période, à partir de 2008.

Philippe Waquet

Je voudrais tout d'abord partager l'indignation de Tiennot Grumbach. Je crois que l'arrêt qui a été rendu dans l'affaire *Renault* est un arrêt qui, à l'entendre, rendrait complètement caduc l'arrêt *CMPME* (qui m'est très cher puisque c'est moi qui l'ai rendu), entreprise où il y avait 200 licenciements pour huit-cents candidats volontaires ; nous avons néanmoins jugé qu'il devait être mis en place une procédure de licenciement collectif, avec tout ce que cela comporte, c'est-à-dire un plan social et des consultations, notamment. Je pense que, dans le cas de *Renault*, ces choses-là demeurent. Ce que n'a pas dit la Cour de Cassation, c'est qu'il y avait un PSE dans cette affaire. Le seul vrai problème était de savoir s'il fallait prévoir des reclassements individuels. On peut à la limite comprendre si les mesures autres que le reclassement individuel, et devant être prévues dans un PSE, ont été pensées vu ce qui a été dit dans l'affaire *Renault*, à savoir que l'entreprise s'engageait à ne licencier personne, que le reclassement individuel aurait peut-être pu ne pas être obligatoire, ce qui aurait été le cas selon la Cour d'appel.

Tiennot Grumbach

Pour l'affaire *Renault* qui a donné lieu à l'arrêt cité, je n'aurais pas conseillé d'élever le débat devant la Cour de Cassation. Mais cela est une autre histoire. Ce qui me scandalise aujourd'hui,

c'est que, postérieurement à la publication de l'arrêt, le groupe *Renault* propose maintenant un plan de départs en préretraite qui concerne 4 000 salariés de la société. Il y a déjà eu 1 300 départs volontaires à Sandouville et les préretraites vont encore affecter la présence de nombreux ouvriers. On va donc probablement se retrouver avec une usine, à Sandouville, dont on nous assurait qu'elle ne fermerait pas, mais dont la déshérence risque de justifier, à terme, la fermeture en raison de l'affaissement du savoir-faire collectif des travailleurs, l'un des fondements de ce que l'on appelle aujourd'hui la valeur immatérielle de ce qui constitue le capitalisme cognitif.

Bernard Laurençon

Merci à vous deux pour ces précisions. Je rends la parole à Philippe Waquet pour son intervention.

Philippe Waquet

La rupture du contrat de travail est un sujet très large parce qu'il existe de nombreuses espèces de contrats de travail dont les modes de rupture diffèrent sensiblement. Deux exemples pour éclairer le sujet. Le contrat de travail à durée déterminée dont les modes de rupture sont, par hypothèse, restreints puisqu'il prend fin, normalement, par l'arrivée du terme prévu. Le contrat de travail des salariés ayant un mandat de représentation (délégué du personnel, délégué syndical, membre du comité d'entreprise, etc.). La rupture de ces contrats est sévèrement réglemée par la loi.

Tenons-nous en donc au contrat de travail à durée indéterminée qui représente la règle normale en droit du travail. Ce contrat, comme tous les contrats à durée indéterminée, est soumis à une règle d'ordre public : celle de la prohibition des engagements perpétuels (article 1780 du code civil). Dès lors que le salarié peut rompre un contrat de travail à durée indéterminée par une démission, l'employeur, de son côté, peut aussi rompre un contrat de travail à durée indéterminée par un licenciement (20).

Arrêtons-nous à ce licenciement qui focalise l'attention, à une époque où l'emploi est devenu rare et où les licenciements, devenus collectifs, entraînent de graves tensions sociales et des misères nombreuses.

Il faut savoir que le licenciement, acte juridique permettant à l'employeur de mettre fin à un contrat de travail, est resté, de 1804, année de naissance du code civil, à la loi du 13 juillet 1973, sans encadrement législatif précis. C'est la jurisprudence qui, timidement, a essayé de sanctionner, conformément au droit commun des contrats, les ruptures abusives du contrat de travail. D'abord par l'utilisation de la notion d'abus de droit : le licenciement pouvait être reconnu fautif s'il était démontré que l'employeur avait agi avec l'intention de nuire au salarié ou, à tout le moins, avait abusé de son droit. Peu à peu, la jurisprudence élargira la notion d'abus en retenant que la « légèreté blâmable » de l'employeur pouvait elle aussi être sanctionnée par le juge.

La Constitution du 27 octobre 1946 va même proclamer, dans son préambule, le droit pour tout travailleur d'obtenir un emploi. Mais cette

affirmation attendra le XXI^e siècle pour devenir un droit effectif (21).

En revanche, la loi du 13 juillet 1973 introduit, dans le droit du travail, une novation considérable : le licenciement doit avoir une cause, et celle-ci doit être réelle et sérieuse. Formidable innovation, car elle introduit la possibilité d'un contrôle du juge sur la décision de l'employeur de mettre fin au contrat de travail. L'employeur avait-il d'abord une cause de rupture ? Par « cause », il faut entendre, non pas un simple motif, mais une cause juridique que le juge doit contrôler. Ensuite cette cause doit être « réelle », ce qui induit qu'elle ne se fonde pas sur des suppositions, des sentiments, des impressions, mais sur des faits, et qu'elle doit être également « sérieuse », ce qui signifie que le juge doit vérifier que la décision de rupture repose bien sur une base solide.

Bien entendu, l'évolution était si forte qu'il allait falloir des années pour que sa portée et ses effets soient compris et que la loi soit mise en œuvre. Dans un premier temps, la Cour de Cassation a continué sur sa lancée : elle a été jusqu'à admettre qu'une « perte de confiance » pouvait justifier un licenciement, ce qui est un comble,



De gauche à droite :

Tiennot Grumbach
Bernard Laurençon
Philippe Waquet
Bernard Augier



La loi du 13 juillet 1973 introduit dans le droit du travail une novation considérable : le licenciement doit avoir une cause réelle et sérieuse.

(20) Le mot « congédiement » est parfois employé.

(21) Le droit à l'emploi sera reconnu comme un droit de valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 12 janvier 2002.

Table ronde



Philippe Waquet



La Chambre sociale de la Cour de Cassation a dû démêler les fils de cette notion nouvelle de licenciement économique.

car un sentiment intérieur, pour respectable qu'il soit, n'a, par hypothèse, rien de « réel » !

Mieux encore ! C'est l'époque où la Chambre sociale, envahie par de nombreux dossiers de licenciements, a décidé de renoncer au contrôle de la cause de ces licenciements ! Il faut dire que la doctrine, de son côté, tout en critiquant la Cour de Cassation, n'a fait aucun effort pour tenter d'éclairer la formule « *cause réelle et sérieuse* ».

La loi du 13 juillet 1973 ne s'est pas bornée à poser l'exigence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement, elle a aussi créé une procédure de licenciement, et prévu une sanction, tant des irrégularités de forme que de l'absence d'une cause réelle et sérieuse. Ce sont, là encore, deux avancées remarquables, même si elles sont limitées.

L'organisation d'une procédure préalable a été partiellement améliorée par l'institution du conseiller du salarié mais, pour louable qu'elle soit, elle présente deux défauts. D'une part, si le salarié est convoqué à un entretien, avec un délai lui permettant de se faire accompagner, et s'il est averti qu'un licenciement est envisagé le concernant, il ne sait rien de la cause de ce licenciement. Aucun dossier n'est mis à sa disposition, il ne peut donc pas organiser sa défense. C'est seulement au cours de l'entretien que l'employeur lui indique les motifs de la décision envisagée. On est loin des garanties données au fonctionnaire qui, lui, a droit à la communication de son dossier et sait ainsi exactement les charges retenues contre lui. D'autre part, l'inobservation ou l'irrégularité de cette procédure préalable, au lieu d'entraîner la nullité du licenciement, ne donne lieu qu'à l'octroi d'une indemnité limitée à un mois de salaire (article L.1235-2 du code du travail).

Quant à l'absence de cause réelle et sérieuse, elle n'entraîne pas en principe la nullité du licenciement, mais donne lieu au paiement d'une indemnité qui doit être égale au moins aux salaires des six derniers mois de travail. Dans certains cas seulement peut être prononcée une nullité du licenciement.

Malgré ces faiblesses, la loi du 13 juillet 1973 a donc constitué un tournant majeur : le licenciement doit être justifié. Le contrôle du

juge qui, à partir de 1990, s'est mis peu à peu en place, a permis de donner tout son sens à cette réforme.

Mais l'histoire du licenciement ne s'est pas arrêtée à cette étape de 1973. La crise économique mondiale qui a sévi à partir de 1975 a entraîné la création d'un licenciement de nature économique. Quelques années après, l'arrivée au pouvoir du Parti socialiste en 1981 a entraîné les lois Auroux, dont la loi du 4 août 1982 fait apparaître un droit disciplinaire et donc un licenciement disciplinaire.

En sorte qu'aujourd'hui il faut constater l'existence de trois catégories bien distinctes de licenciements :

- le licenciement pour motif économique ;
- le licenciement pour motif disciplinaire ;
- le licenciement de droit commun.

LE LICENCIEMENT POUR MOTIF ÉCONOMIQUE

Le licenciement pour motif économique avait déjà vu le jour en 1945 avec la création du contrôle de l'emploi. Mais ce n'est qu'en 1975 que le contrôle de ces licenciements particuliers a vu le jour. Ces licenciements sont distincts car ils ne trouvent pas leur cause dans la personne ou dans le comportement du salarié, mais dans la situation économique de l'entreprise.

D'abord soumis de 1975 à 1986 à une autorisation de l'administration, et donc à un contentieux administratif, ils sont revenus au régime de droit commun à la fin de l'année 1986 et ont été régis, peu après, par la loi du 2 août 1989.

Cette loi présentait un mérite et un défaut. Un mérite, celui de définir ce qu'était un licenciement économique, à savoir un licenciement pour un ou plusieurs motifs « *non inhérents à la personne du salarié* ». Un défaut, celui de ne pas préciser la cause justificative de la rupture en se référant seulement à une approximation puisque le texte légal déclarait que la rupture était consécutive « *notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques.* »

C'est donc le juge judiciaire, et en particulier la chambre sociale de la Cour de Cassation, qui

a dû démêler les fils de cette notion nouvelle du licenciement économique. Tâche qu'elle a effectuée malgré des critiques virulentes, et conformément à la règle que lui impose l'article 4 du code civil. Elle a distingué entre le licenciement économique individuel et le licenciement économique collectif. Pour le premier, elle a déterminé quelles pouvaient être les causes d'un tel licenciement : les difficultés économiques de l'entreprise, les mutations technologiques, les réorganisations de l'entreprise pour sauvegarder sa compétitivité, la fermeture de l'entreprise. Elle a défini les obligations de l'employeur : obligation d'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi, obligation de reclassement. Dans les licenciements collectifs, elle a dû définir ce qu'était un plan social (avec l'arrêt *Everite*) et décider quelle était la sanction du défaut ou de l'insuffisance du plan social (avec l'arrêt *La Samaritaine*).

Tout cela a été difficile et tumultueux. Mais finalement, cette jurisprudence s'est imposée et elle a été consacrée par la décision du Conseil constitutionnel en date du 12 janvier 2002.

LE LICENCIEMENT POUR MOTIF DISCIPLINAIRE

Le licenciement pour motif disciplinaire est aussi ancien que le contrat de louage de services du code civil de 1804, mais il n'a trouvé une autonomie et un régime qu'avec la loi du 4 août 1982 créant un droit disciplinaire. On peut regretter que cette notion de licenciement disciplinaire ne soit pas mieux distinguée et étudiée (22). Elle est intéressante à plusieurs points de vue.

D'abord, la détermination de la nature disciplinaire du licenciement n'est pas objective, mais subjective. Il suffit que l'employeur « *considère [...] comme fautif* » tel ou tel agissement du salarié pour que le licenciement décidé soit un licenciement disciplinaire. Et ceci, que ledit agissement soit ou non fautif. Ensuite, par l'application de plusieurs règles sociales : une courte prescription des faits (deux mois), l'application de la règle pénale *non bis in idem*, un régime de récidive qui reste à préciser... Le droit disciplinaire conserve encore des questions mal élucidées.

LE LICENCIEMENT DE DROIT COMMUN

Le licenciement de droit commun est celui qui ne relève, ni du droit disciplinaire, ni du licenciement économique. Il s'est, dans les dernières années, diversifié. Et l'on peut y distinguer plusieurs catégories.

L'une des plus importantes concerne les licenciements pour inaptitude physique. Plusieurs lois importantes sont intervenues pour réglementer les licenciements consécutifs à une inaptitude définitive après accident du travail ou maladie professionnelle, les licenciements consécutifs à l'inaptitude définitive après accident de droit commun ou maladie ordinaire, les licenciements au cours de la grossesse ou du congé de maternité.

Une autre catégorie concerne les licenciements par ordre de la loi, à savoir les étrangers en situation irrégulière et les divers métiers qui exigent une habilitation spéciale.

Les licenciements pour insuffisance professionnelle concernent les salariés qui, sans conduite fautive, et malgré les efforts de formation et d'adaptation, voire de reclassement, ne peuvent tenir leur emploi.

Enfin s'est développée une catégorie nouvelle : les licenciements pour trouble objectif. Ils concernent en particulier des situations où les positions légitimes de l'employeur et du salarié, notamment sur le plan religieux ou politique, sont incompatibles avec le maintien de l'emploi.

D'un droit quasi-discrétionnaire de l'employeur de rompre le contrat de travail à durée indéterminée, on est passé à un droit réglementé dont l'exercice est contrôlé par le juge. Et à un type unique de licenciement se sont substitués des régimes très diversifiés qui cherchent à concilier la possibilité pour l'employeur de mettre fin à un contrat à durée indéterminée et l'intérêt pour le salarié de conserver son emploi.

En conclusion, nous constatons que, depuis environ un demi-siècle, le licenciement a changé de visage. ■

(22) Voir cependant le nouveau Code du travail qui distingue bien, dans le livre III de la première partie, le droit disciplinaire.

Table ronde



Jacques-Frédéric Sauvage



La rupture conventionnelle n'est pas aussi déséquilibrée qu'on peut le dire.

Bernard Laurençon

Merci pour cet exposé, doyen Waquet. Je vais maintenant me tourner vers nos amis, hommes de terrain, et demander à Jacques-Frédéric Sauvage, président du Conseil de prud'hommes de Paris, collègue employeurs, d'exposer son point de vue sur cette question.

Jacques-Frédéric Sauvage

Je ne vous étonnerai pas en vous disant que j'ai des divergences avec ce qui a été dit.

Je viens d'entendre que le licenciement est un fait avant d'être un droit. Non. C'est d'abord un droit avant d'être un fait. Je suis désolé, Monsieur le doyen, de vous contredire. Pourquoi ? Tout simplement parce que le code le dit. Le contrat de travail peut être rompu par l'une ou l'autre de parties. Il est évident que l'employeur a le droit de licencier, mais le salarié a aussi le droit de démissionner. Ensuite, l'employeur va utiliser son droit de licencier, ce qui est un fait qui ne remet pas en cause la prééminence et la préexistence du droit. C'est peut-être là tout un raisonnement qu'on va retrouver à travers certaines jurisprudences, pour moi déviantes, en partant de cette fausse conclusion suivant laquelle le fait arrive avant le droit.

Ensuite, concernant la loi de 1973, j'ai entendu dire que cette loi aurait créé des obligations au seul employeur. Je rappellerai cette proposition lors des débats. La loi de 1973, certes, a prévu des dispositions issues d'accords entre les organisations patronales et syndicales, mais elle les a mises à la charge des deux parties, pas seulement de l'employeur. Il y avait eu effectivement un amendement proposé, faisant peser la charge sur l'employeur (proposition évoquée lors d'un débat, en 1973, par un député communiste). Cet amendement a été rejeté. La charge de la preuve incombe donc aux deux parties. Depuis, cela n'a pas changé. L'employeur, lorsqu'il licencie, avance un motif, mais le juge apprécie la cause réelle et sérieuse de ce licenciement au vu des éléments, non pas apportés par l'employeur, mais par les deux parties. Je me réfère au code, au texte. Après, de très nombreuses déviances, provenant de la jurisprudence et notamment de la Cour de Cassation, viennent briser ce schéma.

J'ai entendu affirmer que le salarié n'a pas connaissance de son dossier lorsqu'il est convoqué à un entretien préalable au licenciement. Il me semble, effectivement, que dans le cas d'un employeur qui avait eu le malheur de faire figurer, dans la lettre de convocation à cet entretien, les raisons qui le conduisaient à convoquer le salarié, et qui dans la lettre de licenciement précisait que son opinion n'avait pas changé, la Cour de Cassation avait conclu à l'absence de cause réelle et sérieuse. C'est tout de même quelque chose d'assez choquant. Progressivement, depuis 1973, la loi n'a pas changé, mais une jurisprudence anti-patronale a fait dévier le texte. On a tiré d'une erreur de forme une conséquence de fond.

A la section Commerce, lorsqu'un petit patron commet une erreur de forme, certains voudraient toujours en tirer des conséquences de fond, alors même que le licenciement peut être parfaitement motivé. Cela me paraît représenter des déviances, non pas de la loi, mais de la jurisprudence. J'espère que cette dernière évoluera et reviendra à une application plus stricte de la loi.

Enfin, notre attitude vis-à-vis de ce qui se passe depuis 2008 m'interroge. Maître Grumbach, vous disiez que vous vous étiez trompé en 1973. Je crois que vous vous êtes trompé concernant 2008, et que la CFDT a de nouveau raison, très curieusement. On a prévu un certain nombre de dispositions. La rupture conventionnelle est issue d'un accord avec la quasi-totalité des organisations syndicales. C'est intéressant. Mais ce qui est encore plus intéressant, et qui me surprend beaucoup, c'est que lorsqu'on propose la procédure participative, soit la possibilité, pour l'employeur et le salarié, de recourir à un avocat, de discuter à propos d'une solution à leurs litiges potentiels, les syndicats refusent. Cette procédure conduit soit à un accord, soit, en cas de désaccord, à la suppression de la conciliation que les parties ont déjà tentée sans recours au juge. Il est très surprenant que cette procédure soit refusée alors qu'elle donne des garanties au salarié puisqu'il est accompagné de l'avocat qu'il a choisi. Les syndicats de salariés l'ont tous récusée alors que, par la présence des deux avocats, elle donnait des garanties aux deux parties.

Quant à la rupture conventionnelle, elle n'est pas aussi déséquilibrée qu'on peut le dire à

partir du moment où il n'y a pas fraude à la loi. Nous avons rencontré quelques contentieux où il y a eu manifestement fraude à la loi ; nous ne pourrions pas la couvrir. Mais en revanche, s'il s'agit de revenir sur ce que j'appelle les « Richard Virenque de la rupture conventionnelle » : « J'ai signé quelque chose, on m'a donné un délai pour y réfléchir, pour éventuellement consulter, on m'a donné un deuxième délai lors duquel la direction du travail a été consultée, j'ai signé et encaissé des fonds, et quelque temps après, me suis demandé si je n'aurais pas pu avoir plus... ». Je regrette les critiques à propos de ces cas.

Je pense que les organisations syndicales qui ont accepté la rupture conventionnelle avaient raison de le faire. ■

Bernard Laurençon

Merci Jacques-Frédéric Sauvage. Il serait intéressant maintenant d'entendre un autre président de Conseil de prud'hommes, représentant des salariés, donner son point de vue. Partagez-vous le point de vue de Jacques-Frédéric Sauvage, Monsieur Augier ?

Bernard Augier

Question pertinente. Sur le dernier point, et concernant la rupture conventionnelle, je suis bien placé car la CGT n'est pas signataire de cet accord. J'aborderai bien évidemment ce point après une réflexion sur la rupture du contrat de travail.

Lorsqu'il m'a été proposé de participer à cette table ronde sur la rupture du contrat de travail, et au vu de mon expérience - puisque cela fait un certain nombre d'années que je vois passer des salariés licenciés, aussi bien devant le Conseil de prud'hommes, qu'en ma qualité de militant syndical -, il m'est apparu indispensable de vous faire part de chiffres importants.

Il y a 850 000 licenciements par an, ce sont les statistiques officielles. Il y a environ une quinzaine d'années, la tendance s'est inversée puisque nous nous trouvons aujourd'hui dans un rapport 600 000 licenciements pour motif personnel et 200 000 pour motif économique. Cela pose la question de l'importance des licenciements pour motif personnel (trois fois plus nombreux

que ceux pour motif économique) signifiant, d'un strict point de vue juridique, que la crise économique n'a pas de conséquence sur les licenciements, même si nous savons bien que, parfois, le motif personnel est utilisé pour échapper aux procédures économiques, voire à l'établissement d'un Plan de sauvegarde de l'emploi.

Si nous ne prenons pas en compte ce ratio, nous ne comprenons pas la situation dans laquelle se trouvent les salariés face à des licenciements. Il faut savoir que, dans les Conseils de prud'hommes, nous avons des contentieux qui ne concernent que 22 % de l'ensemble des licenciements. Au niveau national, le nombre d'affaires se situe à 200 000 par an (un peu plus, depuis un an ou deux) et sur ces 200 000 saisines des Conseils de prud'hommes, 93 % sont liées à la contestation du motif de licenciement. Donc, lorsque j'entends le patronat nous dire que les dirigeants d'entreprise sont lourdement condamnés au Conseil de prud'hommes, je dis qu'il faut bien relativiser par rapport aux chiffres que je viens de donner. Il y a beaucoup de licenciements qui, pour tout un tas de raisons, ne sont pas contestés devant le Conseil de prud'hommes. Nous le regrettons, mais c'est la réalité.

Autre chiffre, important par rapport à la dégradation des conditions de travail et à la situation des salariés de plus de 50 ans : parmi les licenciements pour motif personnel, 70 % concernent des salariés de plus de 50 ans. Cela donne aussi une idée de l'enjeu et des conséquences du licenciement pour ces salariés.

Cela me conduit à faire part de plusieurs remarques d'ordre politique quant à ces chiffres.

Lorsqu'un licenciement intervient, se pose-t-on toujours la question des répercussions du licenciement prononcé sur la sphère sociale du salarié ? Se pose-t-on la question de l'impact sur sa vie familiale, ses biens, ses enfants, son logement ? Je me suis souvent arrêté à la porte du Conseil de prud'hommes pour questionner des SDF sur la raison pour laquelle ils se sont retrouvés dans cette situation. Pour la grande majorité, c'est parce qu'un jour ils ont été licenciés. Cela m'a permis d'ailleurs, pour un ou deux d'entre eux, de les emmener au Conseil de prud'hommes pour entamer une procédure. Si nous n'avons pas cet aspect des choses en

Table ronde



Bernard Augier

«
Aujourd'hui,
l'entretien
préalable est une
procédure où le
licenciement est,
souvent, déjà
décidé.

tête lorsque nous abordons la question des licenciements, dimension sociale allant au-delà du traitement juridique relatif à la procédure et à la jurisprudence, nous ne pouvons avoir de réflexion en amont par rapport à cette situation.

Plusieurs partis politiques et des syndicats ont évoqué l'idée d'un moratoire. En période de crise économique, peut-on autoriser les entreprises à continuer de licencier sans une discussion à propos d'un moratoire sur l'arrêt de cette pratique ? De façon plus générale, il faut dans cette période de crise discuter de la manière dont on aborde les licenciements. Nous ne pouvons pas comparer la situation historique de plein-emploi, où le licenciement permettait de passer d'une entreprise à une autre très facilement (et où l'indemnisation du chômage représentait 90 % du salaire), avec notre situation actuelle où la majeure partie des licenciés va souvent grossir les rangs des demandeurs d'emplois. Je vois là deux problématiques, la dissuasion et la prévention, en fonction des textes, des compétences des Conseils de prud'hommes et des débats sous-jacents.

LA DISSUASION

Je commencerai par la dissuasion. Je pense que la réparation du licenciement est insuffisante. Lorsque nous avons conscience de ce que je viens de rappeler concernant la répercussion de la perte d'un emploi, discuter de six mois de dommages et intérêts (pour un salarié ayant plus de deux ans d'ancienneté dans une entreprise de plus de dix salariés) est ridicule. Quand le salarié a touché ses six mois, qu'il a remboursé ses crédits et que les six mois ont passé, au moment où il va pointer au chômage, il n'a plus d'argent, plus de dommages et intérêts, et il a perdu son emploi abusivement puisque le Conseil de prud'hommes aura condamné son employeur pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Les répercussions sont très importantes. Dans le cadre de la dissuasion, il faut penser nullité du licenciement. Les cas de nullité, dans le code du travail, ne sont pas assez nombreux. Et là où ils existent, prenons l'exemple des licenciements touchant l'état de santé du salarié avec des contentieux de plus en plus importants concernant la maladie, la Cour de Cassation a fini, en juillet 1998, par inventer un autre raisonnement que celui de la nullité, pourtant inscrite dans le code du travail.

D'ailleurs, pour mémoire, Tiennot Grumbach avait obtenu devant le juge départemental du Conseil de prud'hommes de Versailles la nullité du licenciement d'une salariée quand l'employeur évoquait la désorganisation de son entreprise du fait de son absence pour maladie. Mais que disait la Cour de Cassation en 1998, et encore aujourd'hui, que dit-elle ? L'employeur peut désormais licencier son salarié malade, non pas en raison de son état de santé, mais en raison des répercussions de son absence sur l'entreprise, de la désorganisation observée, et de son remplacement définitif. Pire encore, si l'on démontrait que l'employeur avait tort en évoquant cette répercussion sur l'organisation, ou le remplacement définitif, la sanction n'était pas, et n'est pas, la nullité mais l'absence de cause réelle et sérieuse. L'employeur ne risque pas grand-chose quand il licencie un salarié par rapport à sa maladie : il va respecter ce que dit la jurisprudence sur l'état de santé (remplacement définitif, etc.) et, même s'il perd le procès prud'homal, aucune nullité n'est encourue.

Certes, tout n'est pas perdu et la Cour d'appel de Douai a prononcé, en référé, contre l'entreprise Toyota, un arrêt ordonnant la réintégration d'un salarié licencié suite à des absences répétées pour maladie. On attend que la Cour de Cassation, saisie, rende son arrêt. Il serait intéressant de voir si la nullité va l'emporter sur l'absence de cause réelle et sérieuse. C'est un exemple soulignant que les cas de nullité sont trop peu nombreux. Il faudrait les multiplier, non pas pour établir que la nullité entraîne forcément la réintégration du salarié au sein de son entreprise, mais pour établir une force dissuasive. Si l'employeur, avant de licencier, savait que cela pouvait entraîner la nullité, avec une réparation beaucoup plus importante que celle prévue aujourd'hui par le code du travail, je pense que cela serait un moyen d'éviter des licenciements coûtant peu aux entreprises et beaucoup aux salariés et à la collectivité qui finance Pôle emploi.

Les dommages et intérêts pourraient en outre être portés à douze mois, sans condition d'ancienneté. Un salarié travaillant dans une grande entreprise, s'il compte moins de deux ans d'ancienneté, n'a pas droit au minimum de six mois de salaires, et le salarié ayant trente ans d'ancienneté dans une entreprise de moins de dix salariés, non plus, sinon des dommages et intérêts « selon le préjudice subi », notion malheureusement bien relative...

Sur ces questions d'indemnisation du chômage, le code du travail, là encore de manière trop restrictive pour que ce soit dissuasif, prévoit le remboursement des indemnités de chômage, dans la limite de six mois, mais uniquement pour les salariés ayant plus de deux ans d'ancienneté dans une entreprise de plus de dix salariés et si la cause du licenciement n'a pas de cause réelle et sérieuse. Cela signifie que, lorsque les conseillers prud'hommes délibèrent, une discussion aura lieu pour savoir combien l'employeur devra rembourser à Pôle emploi. Mais on ne s'inquiète pas de savoir combien de temps le salarié va rester au chômage. Je pense qu'il devrait y avoir automatiquement remboursement des indemnités de chômage, non seulement pour la période écoulée entre le licenciement et le moment où l'on juge, mais aussi après la décision du Conseil de prud'hommes. Ce ne serait que justice puisque la conséquence de l'inscription à Pôle emploi est le licenciement sans cause ou abusif.

Aujourd'hui, l'entretien préalable est une procédure où le licenciement est, souvent, déjà décidé. Ce n'est qu'un passage obligé. Et si cette procédure est inexistante ou viciée, la sanction n'est pas suffisante. Nous nous trouvons dans une procédure qui a fait peut-être naître quelques espérances à l'époque, mais qui n'est aujourd'hui qu'un passage obligé pour conduire vers la rupture du contrat, et donc au licenciement.

Dissuasion et prévention, il faut traiter la question des licenciements en amont. Il faut que la rupture du contrat de travail devienne l'exception, et que les salariés ne soient pas licenciés pour n'importe quel motif, du jour au lendemain car, au-delà de leur emploi perdu, il en va souvent de la perte de leur vie sociale.

LES ASPECTS PRÉVENTIFS DU LICENCIEMENT

Cela nous conduit aux aspects préventifs du licenciement. Le ministre du travail, Jean Auroux, par la loi du 4 août 1982, a initié une procédure disciplinaire inscrite dans le code du travail. Cette procédure a beaucoup fait débat à l'époque au sein de la CGT car elle institutionnalisait, dans la loi, la possibilité, certes avec une procédure, de sanctionner le salarié. Beaucoup de salariés pensent encore qu'avant de licencier, l'employeur doit avoir envoyé deux

avertissements. Cela est parfois prévu par des conventions collectives, la Cour de Cassation sanctionnant par une absence de cause tout licenciement prononcé sans tenir compte de la procédure conventionnelle existante.

Au Conseil de prud'hommes, on voit beaucoup de licenciements prononcés sans le moindre avertissement, parce que la loi ne l'impose pas. Pourquoi n'y aurait-il pas alors, inscrite dans la loi, stipulation qu'avant tout licenciement pour faute il y ait obligation pour l'employeur de passer par une procédure disciplinaire à l'encontre de son salarié, avec bien sûr toutes les garanties de défense et d'assistance possibles. Donner, en quelque sorte, une deuxième chance au salarié avant d'aboutir à une perte définitive de son emploi. De surcroît, le salarié aurait, dans le cadre de cette procédure, toute possibilité de faire valoir un certain nombre de droits, voire de contester la sanction infligée devant le Conseil de prud'hommes.

En ce qui concerne les ruptures conventionnelles, je souscris tout à fait à ce qui a été dit. La CGT n'avait pas signé cet accord car le contrat de travail est inégalitaire, avec un fort lien de subordination. Sur les licenciements, je n'ai toujours pas compris la position du MEDEF qui souhaite qu'on lui donne la possibilité de licencier afin de pouvoir embaucher... Depuis 1986, fin de l'autorisation administrative de licenciement pour motif économique, la courbe des recrutements n'est pas ascendante. Cette philosophie se fondant sur le pouvoir de licencier pour mieux embaucher est assez incroyable. La rupture conventionnelle entre pourtant dans cette « logique ». Xavier Bertrand disait qu'elle permettrait de réduire le contentieux prud'homal.

Cela ne répond pas aux objectifs, très clairs et très sereins, pour un salarié de pouvoir à un moment de sa vie changer de métier en bénéficiant d'une inscription aux ASSEDIC. J'ai retrouvé les statistiques du Centre d'analyses stratégiques soulignant que les inscriptions à Pôle emploi, après une rupture conventionnelle, atteignent plus de 122 000 ; tandis que les inscriptions après un licenciement économique se montent à plus de 80 000. Ceux qui signent la rupture conventionnelle s'inscrivent à Pôle emploi et y restent. Donc, en fait, la rupture conventionnelle génère du chômage. Pourquoi les salariés signent-ils une telle rupture, vu la crise actuelle ? Ce n'est pas pour trouver un

Table ronde



Tiennot Grumbach

nouvel emploi ni pour changer de métier, mais pour pouvoir quitter des conditions de travail parfois effroyables auxquelles ils sont astreints. La seule porte de sortie qu'il leur reste pour fuir ces conditions est de signer cette rupture, ce qui leur permet d'être indemnisés par le Pôle emploi.

Voilà mes réflexions sur la manière d'avancer vers moins de licenciements, pour que les salariés bénéficient d'une vie sociale plus tranquille. ■

Bernard Laurençon

Merci Monsieur Augier. Je rappelle tout de même que nous sommes un comité d'histoire. Nous souhaitons des mises en perspective, nous avons toujours le souci de l'évolution historique et sommes moins portés sur le présent. Je rappelle ceci pour ne pas risquer d'entrer dans une polémique trop actuelle, sous-jacente bien sûr, à un certain nombre de textes ou de pratiques.

J'aimerais apporter un témoignage personnel sur la rupture conventionnelle. Ayant, pour des raisons diverses, repris quelques habitudes via le remplacement du responsable des ressources humaines dans une petite association confrontée à des difficultés, il m'est arrivé de refuser deux ou trois demandes de rupture conventionnelle dont la seule justification était de trouver une solution pour bénéficier d'allocations chômage. Il y avait bien, au départ, une certaine volonté d'exprimer la pénibilité du travail. Mais ce n'était pas la motivation principale, et j'ai convaincu la direction de refuser ces demandes. Il n'existait en effet pas de motif légal valable permettant une telle rupture.

J'aimerais à présent interroger le doyen Waquet sur une réflexion de Jacques-Frédéric Sauvage à propos de la jurisprudence déviante de la Cour de Cassation.

Philippe Waquet

Nous sommes dans un pays où les juges peuvent être critiqués. C'est une bonne chose, car ils peuvent se tromper et il est bon que les justiciables puissent s'exprimer. Lorsque la loi du 1973 a décidé que le licenciement devait avoir une cause réelle et sérieuse, il était nécessaire d'appliquer cette loi, de lui donner un effet utile. Il a donc fallu, cela a pris du temps, déterminer

ce qu'était une cause de licenciement et préciser quand elle était réelle et quand elle était sérieuse.

Un autre tournant a été pris par le législateur quand, en 1986, et non en 1973 comme le disait Tiennot Grumbach, il a décidé que la lettre de licenciement devait énoncer les motifs de la rupture. Quel scandale a soulevé l'arrêt *Rogie* par lequel nous avons décidé que, si la lettre n'était pas motivée, le licenciement n'avait pas de cause réelle et sérieuse ! Certains sont allés jusqu'à saisir, en vain, la Cour européenne des droits de l'homme !

La solution se justifiait pour deux motifs. D'une part en raison de l'administration de la justice : devant un contentieux considérable, et face à des centaines de milliers de licenciements, il fallait que les juges connaissent le motif de la rupture et donc que la lettre de licenciement soit motivée comme le voulait le législateur. D'autre part, à la même époque, l'administration, qui auparavant n'était pas obligée de motiver ses décisions, a été obligée de le faire par un décret, et le Conseil d'Etat a jugé que les décisions non motivées étaient nulles !

Pourquoi le même régime n'aurait-il pas été appliqué à des licenciements non motivés malgré l'ordre de la loi ? Le salarié qui perd son emploi a le droit de savoir pourquoi. Nous n'avons pas décidé la sanction du défaut de motivation pour persécuter les employeurs, nous avons considéré que c'était notre devoir de donner à la loi sa pleine et entière application.

Tiennot Grumbach

Je suis en harmonie avec les syndicalistes avec lesquels je travaille. Parfois, j'ai autant de désaccords avec la CGT qu'avec la CFDT : j'ai toujours été un avocat multiscartes. J'ai toujours cru qu'il fallait se battre avec ses convictions, y compris quand on était en désaccord avec ses camarades syndicalistes. Un avocat de syndicats se doit d'être libre vis-à-vis des structures, sinon il est inutile d'être avocat. Autant être un militant. Si je m'inscris dans l'Histoire du mouvement ouvrier, je n'entends pas être au service exclusif de l'une ou l'autre de ses « paroisses ».

Quant à l'évolution des sections du Conseil de prud'hommes, elle montre que les sections Commerce et Activités diverses nous posent

des problèmes de natures toutes différentes de ceux que nous avons eu l'habitude de traiter dans le passé au sein de la section Industrie. Il ne s'agit pas des mêmes rapports de travail. Dans les Activités diverses et le Commerce, on rencontre une myriade de petites entreprises dans lesquelles le dirigeant est souvent, aussi, un travailleur. Qui défend l'idée qu'une personne qui n'a qu'un ou deux salariés à son service et travaille à leurs côtés toute la journée n'est pas aussi un travailleur ? Karl Marx, auquel il m'arrive de me rattacher par la pensée (encore que je n'ai rien compris au matérialisme dialectique) se serait retourné dans sa tombe. Il parlait en effet, dans son *Manifeste du parti communiste*, du « vaste camp des travailleurs » face au « vaste camp des détenteurs du capital. »

Aujourd'hui, les détenteurs du capital ne sont plus les dirigeants de la section Industrie, mais les détenteurs du capital financier. D'autres rapports de travail en découlent dont la sous-traitance est l'un des phénomènes essentiels. Nous rencontrons dans les contentieux de petits dirigeants de sociétés qui sont parfois plus exploités que les salariés eux-mêmes. Une telle situation existe parmi les artisans, les petits patrons du transport, etc. Ils sont dominés, ils sont assujettis économiquement par les mécanismes du marché concurrentiel ou par les grandes sociétés du transport qui recrutent au-delà de l'hexagone des chauffeurs payés à bas prix. Le maintien en vie de leur société est lié à leur propre surtravail et, par conséquent, à leur propre exploitation. Dans le même mouvement, nous rencontrons les franchisés du commerce de proximité.

On aborde là toute la question des frontières du salariat.

Cette réflexion est très importante. Elle explique probablement une partie des contradictions qui traversent la section Activités diverses des Conseils de prud'hommes. Ce n'est probablement pas le fait du hasard si, dans cette section, le développement du tissu associatif a provoqué l'émergence de listes concurrentes à celles du MEDEF pour les élections prud'homales. Ces listes prétendent vouloir défendre les sociétés dont l'activité est concentrée sur le développement durable et la logique associative à but non lucratif. Leurs responsables affirment vouloir réfléchir autrement à leur insertion dans l'activité économique et financière. Nous

devons nous aussi réfléchir avec eux à ces questions. Elles sont décisives pour l'avenir. Ne devrait-on pas distinguer, dans le droit, les conditions de l'indemnisation punitive vis-à-vis des grands groupes financiers, en tenant compte d'une proportionnalité de leurs moyens par rapport aux indemnités légales constituant un plancher d'indemnisation. Ainsi, les personnes morales qui instrumentalisent les dispositifs des licenciements économiques peuvent-elles augmenter leur profit sans aucune contrepartie et développer une concurrence déloyale à l'égard des petites entreprises. L'évolution de la composition organique du capital nous fait obligation d'une réflexion collective de cette nature. Quand on regarde les statistiques de l'évolution de chacune des sections du Conseil de prud'hommes, on dispose d'un observatoire qui donne un aperçu précis de l'évolution des structures sociales de notre pays. Il ne faut pas être aveugle et je pense que Monsieur Sauvage a raison d'attirer notre attention sur ces aspects.

Je voudrais lui dire pourquoi je trouve très bien que le mouvement syndical ait refusé unanimement la question de la procédure participative. Cette procédure était demandée par la profession d'avocat au travers du Conseil national des barreaux. Il est important que le Conseil supérieur de la prud'homie ait voulu l'écarter du contentieux de la rupture du contrat de travail car, dans le cas contraire, le rôle des conseillers siégeant en audience initiale avec son bureau de conciliation aurait perdu toute portée. La procédure participative, telle qu'elle est désormais encadrée par le décret du 1er octobre 2010 sur la réforme de la procédure civile, peut être mise en œuvre « après » le prononcé du licenciement, alors que le jeu des garanties contre le licenciement injustifié doit intervenir « avant ». Nous avons cinquante à soixante conventions collectives qui ont introduit des procédures participatives collectives par le paritarisme disciplinaire. Là où elles existent, dans 90 % des cas, les employeurs suivent les propositions de la commission paritaire de discipline. Dans ces secteurs, on peut ainsi rechercher des compromis qui permettent de moduler les sanctions, ce que n'autorise pas la procédure prud'homale. C'est pourquoi je persiste à soutenir qu'il faudrait mettre en place des dispositifs conventionnels spécifiques aux TPE, tels ceux qui ont été régularisés avec l'UPA, pour ne pas peser davantage sur les charges contributives à la socialisation des

Table ronde



Jacques-Frédéric Sauvage

coûts des licenciements économiques quand les «décrutements» sont devenus des modes de gestion et d'organisation dans les grands groupes de sociétés qui figurent au CAC 40.

C'est la CFDT qui a proposé les conseillers du salarié ; c'est la CGT qui en a pris la pleine responsabilité, au bout de quelques années, alors qu'au départ elle était réservée. Au terme d'un certain nombre d'années, des camarades ont pris ces mandats avec des taux de réussite (renonciation de l'employeur au projet de décision de licenciement) atteignant jusqu'à 15 % des affaires. Imaginez ce taux de réussite face au nombre de licenciements disciplinaires prononcés. Ces militants, souvent des retraités, qui veulent rester dans le mouvement, exercent cette mission de défense individuelle le plus souvent dans les TPE et dans les PME dépourvues de représentation du personnel. Ce mandat, issu des extensions légales et jurisprudentielles depuis 1973, a renforcé les droits de la défense avant que la sanction ne soit prononcée, de telle façon qu'on puisse éventuellement l'éviter quel qu'en soit le motif.

Bernard Laurençon

Merci Tiennot Grumbach. Je demande à Jacques-Frédéric Sauvage de réagir par rapport au premier terme de l'intervention de Tiennot Grumbach, sur notamment le rôle de petit employeur, de travailleur et de la considération que l'on doit avoir pour cette section Commerce comprenant des dirigeants-travailleurs.

Jacques-Frédéric Sauvage

Cette question m'intéresse beaucoup. Jean Jaurès, dans un texte qui date de 1890, tenait à peu près le même discours.

J'ai été interpellé tout à l'heure par Bernard Augier sur le fait de savoir pourquoi, pour permettre des embauches, il faudrait assouplir les licenciements. C'est une proposition réductrice. Il faut replacer les choses dans leur contexte. Beaucoup de petites entreprises, si elles pouvaient plus facilement rompre certains contrats et si elles avaient un peu plus de travail, auraient alors plus tendance à recruter. Il s'agit d'avoir la possibilité de faire évoluer ses effectifs par rapport aux commandes. Avoir une

commande permet d'embaucher. Mais pour cela, il faut que les entreprises disposent d'une certaine souplesse, et ce sera là aussi au juge d'apprécier si le motif avancé en bout de course repose sur une cause réelle et sérieuse. Mais je crois qu'il ne faut pas oublier le contexte, ni affirmer que les employeurs veulent licencier pour mieux recruter dans tous les cas.

Nous pouvons aussi nous interroger sur les effets de certaines décisions. Pour prendre l'exemple de La Samaritaine, nous avons affaire à un employeur qui, pour équilibrer les comptes, payait ses salariés sur des fonds propres. Les décisions prises par la Cour de Cassation ont conduit à une fermeture du magasin et à la perte des emplois.

Bernard Augier

Je pense que, lorsque le patronat bénéficie d'une commande supplémentaire, il trouve la réponse et abuse de la précarité. La précarité se développe à un rythme effréné. Elle est désormais là pour pallier le manque d'effectif. Chaque fois que l'on a besoin de quelqu'un, on embauche un salarié précaire.

Concernant l'approche participative, toutes les organisations syndicales au sein du Conseil supérieur de la prud'homie s'y sont opposées. Plusieurs raisons ont été invoquées, en outre l'instauration d'une procédure payante car l'assistance d'un avocat est obligatoire dans cette procédure. Alors qu'au sein de la procédure prud'homale, nous avons la possibilité, dans le cadre du bureau de conciliation, de dire le droit et de permettre ainsi aux parties d'avoir une claire connaissance de leurs droits avant toute conciliation.

J'ai été conseillé prud'homme dans la section Industrie durant trente ans, et je me retrouve depuis les dernières élections dans la section activités diverses, je m'aperçois que le patronat n'est pas le même. Quand on est en face d'une assistante maternelle embauchée par un salarié qui désire faire garder son enfant, il est difficile de le considérer comme un dirigeant d'entreprise, et c'est là que le Conseil de prud'hommes permet de moduler, lorsque c'est possible et en fonction du droit applicable, la sanction du licenciement.

Par rapport à la question de l'insuffisance

professionnelle, la stratégie patronale actuelle est d'utiliser ce motif au lieu du motif disciplinaire. Ce dernier est en effet encadré par des règles de prescription : aucune sanction au-delà d'un délai de deux mois à partir du moment où l'employeur a connaissance des faits. Alors que le motif d'insuffisance professionnelle à l'appui d'un licenciement ne souffre d'aucune prescription et, au regard de la jurisprudence actuelle, ne requiert pas pour l'employeur une motivation précise de la lettre de licenciement. Ce motif d'insuffisance professionnelle sera donc utilisé comme une variable d'ajustement par les employeurs. J'ajoute toutefois que l'insuffisance professionnelle invoquée ne peut justifier une faute grave d'après la Cour de Cassation.



Débat avec la salle



Marianne Ghuilou

Bernard Laurençon

Je vous remercie. Nous allons maintenant continuer le débat, mais avec des questions que vous allez poser à la table ronde.

Paul Gueth,

assesseur au Tribunal des affaires de sécurité sociale de Dijon

Je voudrais savoir quel est l'impact de la suppression des tribunaux de Prud'hommes sur la justice sociale ? Ne pourrait-on pas rajouter, au niveau des tribunaux, un préjudice moral comme il peut en exister dans d'autres instances ?

Bernard Augier

La nouvelle carte judiciaire, œuvre de Rachida Dati, contient 61 Conseils de prud'hommes de moins. Nous avons rencontré dernièrement un député du Nouveau Centre, rapporteur de la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale, qui a auditionné les membres du Conseil supérieur de la prud'homie et les organisations syndicales pour faire le point sur cette question. Ont été évoqués les endroits où les salariés ont des difficultés pour l'accès au droit : on ne retrouve pas, dans les Conseils de prud'hommes de rattachement, les affaires qui étaient auparavant traitées au plus près des salariés et qui ont disparu.

Nous avons évoqué avec ce député la question des audiences foraines, la possibilité qu'a le Premier président de la Cour d'appel de désigner des juges pour aller dans les Maisons de justice là où existaient des Conseils de prud'hommes, afin de pouvoir organiser des audiences. Ce député a remis son rapport et a rendu un avis favorable à ces audiences foraines. Il reste à intervenir pour l'on agisse en conséquence chaque fois que l'on présume que les salariés ne peuvent se déplacer, soit parce que leurs demandes sont peu élevées, soit en raison de leur éloignement. La question des audiences foraines, la possibilité d'envoyer des conseillers prud'hommes au plus près des gens, dans les Maisons de justice, me paraît intéressante. A la limite, nous pourrions commencer par des audiences de référé, vu la nature des demandes souvent « alimentaires », mais je ne crois pas trop à un retour en arrière, ni à la recréation de Conseils de prud'hommes,

même si j'y suis favorable.

Tiennot Grumbach

Pour ma part, je demande simplement une amélioration du système d'aide juridictionnelle en matière de droit du travail, ce qui imposerait une réflexion sur le prononcé des condamnations au titre de l'article 700 du code de procédure civile, et surtout de l'article 37 de la loi sur l'aide juridictionnelle qui permet aux avocats de ceux qui en sont bénéficiaires de renoncer au bénéfice de l'indemnité de l'aide juridictionnelle et de faire supporter celle-ci par l'employeur au titre de l'article 700. C'est une question essentielle pour assurer une défense de qualité au profit des « moins égaux que les autres ». Or cette question reste taboue. On ne lui accorde pas l'attention qu'elle mérite alors que tout contentieux représente un coût élevé en temps, en fournitures, secrétariat, et transports, y compris pour les défenseurs syndicaux et les cabinets d'avocats qui entendent assurer une défense au moins égale à celle des conseils des sociétés. L'employeur, pour sa part, récupère la TVA et bénéficie, de ce seul fait, d'un différentiel de dépenses en sa faveur. Prendre en compte cette disposition serait déjà une première marche franchie. Il y en a d'autres qui devraient l'être également dans la transparence vis-à-vis du juge. Il n'est pas interdit, et pour ma part je le recommande, de fournir dans le dossier une évaluation des diligences accomplies, et pour ceux qui en sont d'accord, la convention d'honoraires en cas d'aide juridictionnelle partielle. Ainsi, un article 37 largement vulgarisé permettrait au juge de rendre des décisions plus équitables d'attribution combinée d'indemnités au titre de l'article 700 en faveur des avocats qui assurent une défense de qualité pour les salariés. A moindre coût, on ferait faire des économies au budget de l'administration de la justice qui pourraient ainsi être heureusement affectées au développement d'une aide juridictionnelle plus étendue et plus efficace.

Jacques -Frédéric Sauvage

A propos de cette suppression des Conseils, je crois que le seuil fixé était de 300 affaires. Avec des exceptions pour certains d'entre eux qui, même avec moins de 100 affaires par an, ont été maintenus. Il faut tout de même se poser

cette question : est-il raisonnable de maintenir un Conseil de prud'hommes avec 80 affaires par an ? La norme, telle qu'elle a été appliquée par le ministère de la justice, est de 300. Certains conseils avaient dépassé ce chiffre la dernière année, mais le ministère a voulu prendre en compte la moyenne des années antérieures. Pourtant, des conseils ont été maintenus avec 80 affaires par an. Est-il raisonnable de conserver un tribunal, des locaux, du personnel pour 80 affaires par an dans une ville comme Châteaudun située à 30 kilomètres de Chartres ? Je rappellerai que le premier à parler de la révision de la carte judiciaire et de l'opportunité de supprimer certains tribunaux était M. Nallet. Je ne suis pas un admirateur de Mme Dati, mais personne n'avait eu avant elle le courage de procéder à la mise en œuvre de la réforme.

Tiennot Grumbach

Le mouvement ne va pas cesser puisque le projet du gouvernement et/ou de l'administration judiciaire est d'arriver à un Conseil de prud'hommes par TGI. Cela va donc se poursuivre en abandonnant l'idée que cette juridiction est de proximité. La seule solution consistait à supprimer certains conseils (la densité de la population ayant changé), en évitant les

situations de sinistrés judiciaires. La juridiction de proximité doit se discuter par rapport au bassin d'emploi. Il aurait fallu une vraie négociation, et non l'imposition d'une vision bureaucratique.

Marianne Ghuilou,

directrice adjointe du travail à la Direction générale du travail

J'avais la même question à poser concernant les moyens de fonctionnement des Conseils de prud'hommes. Une petite observation sur la complexité du droit du licenciement : il faudrait ajouter une question sur la prise d'acte de la rupture et la résiliation judiciaire du contrat.

Ma première question s'adresse plutôt à Joël Blondel au titre de responsable de la DIRECCTE. Est-t-il prévu au niveau de la RGPP* 2 de transférer le contrôle des ruptures conventionnelles des services déconcentrés à une autre structure ?

Deuxièmement, concernant le contrôle du juge, par quel juge le contrôle doit-il être fait ? Faut-il maintenir la jurisprudence *Berkani* ?

* RGPP, Révision générale des politiques publiques



Débat avec la salle



Bernard Laurençon

M. Blondel répondra à votre première question lorsqu'il interviendra. Votre deuxième question est relative aux salariés de droit public.

Philippe Waquet

Je suis le rapporteur de l'arrêt *Berkani*. Je siégeais au Tribunal des conflits. C'est une question très compliquée. Il existait une base légale, dans le code du travail, qui aurait peut-être permis de prendre en charge des salariés ne participant pas de façon très directe au Service public.

Mais le Conseil d'État restait très attaché à sa fonction sur ce secteur. Je crois qu'au Tribunal des conflits, on serait allé à un partage qui aurait été tranché une fois de plus par le ministre. Nous avons donc pensé que la solution adoptée était la meilleure et opté pour ce système. Tant que nous aurons affaire à une dualité de juridiction, il faudra agir ainsi. Mais, étant donné que le Conseil d'État a mis beaucoup du sien et que les relations établies sont meilleures, la collaboration fonctionne bien.

François Madelin, directeur du travail honoraire

Je ne comprends pas le lien établi par Tiennot Grumbach entre dérégulation et lois Auroux. Ensuite, je regrette que personne n'ait fait mention de la déontologie de la pratique de l'Inspection du travail et de la Délégation à l'emploi dans le contrôle de l'emploi entre 1975 et 1986.

Bernard Laurençon

Ce n'était pas l'objet de notre conférence, mais il est vrai que les pratiques de l'Inspection et de l'administration du travail pourraient faire l'objet de nouvelles études.

Tiennot Grumbach

Dans l'une des lois Auroux, pour la première fois, il a été stipulé qu'on pouvait déroger, par

le contrat, à la règle légale. Cette question, minimale dans le dispositif Auroux, a inspiré au fur et à mesure les acteurs concernés pour ouvrir cette possibilité de la dérogation contractuelle à l'ordre public et social.

Sur la question du contrôle de l'administration et de l'Inspection du travail, lorsque nous sommes passés du contrôle administratif des licenciements économiques, avec autorisation préalable, à la GPEC. Souvenons-nous de l'article de principe signé par le ministre Jean-Pierre Soisson dans la revue *Droit social* sur la portée de cette substitution. La GPEC était un beau projet : pouvoir encadrer les obligations par lesquelles on se devait, plutôt que « décruter », réfléchir aux dispositifs de formation professionnelle permanente dans l'entreprise, à l'adaptation du personnel aux évolutions de l'emploi et des technologies, etc. Mais nous voyons ce que la GPEC est devenue. Ce projet positif s'est mué en gestion prévisionnelle des « décrutements » prospectifs des « inemployables », et non en un dispositif de refus du concept « d'inemployabilité ».

Denis Troupenat, directeur du travail honoraire, ancien responsable fédéral CGT Travail

J'aimerais que l'on pose la question de la carte prud'homale en fonction des besoins de justice, par opposition au nombre d'affaires traitées l'année précédente. Ne pensez-vous pas que ce serait là la bonne manière ? Ensuite, pourquoi ne pas considérer que, dès lors qu'il y a litige, l'entreprise ne pourrait-elle pas rémunérer les deux avocats : celui de l'employeur et celui de l'employé ?

Bernard Augier

Non seulement les référés mettent les parties en présence, mais cette procédure est souvent dissuasive. Nombres d'affaires se règlent en amont car, dès que l'employeur y est convoqué, dans beaucoup de cas, il régularise ce qu'il doit au salarié avant que ne se tienne l'audience afin d'éviter, notamment pour les artisans et autres petits employeurs, de perdre un temps important dans le cadre d'une audience.

M. Christophe Bignier, conseiller prud'hommes à Pontoise, section Encadrement

A propos du contournement, je constate que l'entreprise utilise la rupture conventionnelle auprès d'un certain nombre de salariés qui vont à Pôle emploi et utilisent les procédures d'auto-entrepreneur pour revenir vers leur entreprise en tant que sous-traitant. Il y a là un contournement très important : la relation naissant entre l'entreprise et cet auto-entrepreneur relève du code du commerce et non du code du travail. Qu'en pensez-vous ?

Bernard Laurençon

Nous ne pouvons que partager votre point de vue. Le lien de subordination devient un lien de sous-traitance. On a complètement inversé la charge de l'échange : la force de travail devient une force de commerce. Les obligations ne sont plus les mêmes.

Tiennot Grumbach

Les syndicalistes italiens et espagnols sont en avance sur les français sur la question de

la syndicalisation des petits entrepreneurs. Ils n'ont pas abandonné cette idée que, dans la sous-traitance, il fallait conserver un lien collectif syndical avec ceux qui, ayant quitté l'entreprise parce qu'on les en a externalisés, doivent continuer à bénéficier du soutien des syndicalistes. En France, un seul syndicat (au sein de la CGT) syndique à la fois des artisans et des ouvriers : les taxis, héritiers du syndicat des cochers de fiacre, qui se sont motorisés avec le temps. Les corporations comprenaient autrefois, à la fois des ouvriers et des maîtres, devenus petits patrons. C'est un enseignement oublié de l'histoire. Nous n'avons pas suffisamment réfléchi à la nécessité d'un imaginaire nouveau. Le capital financier est délocalisé, déterritorialisé. Jean Jaurès disait « *Un peu d'internationalisme m'éloigne de la patrie, beaucoup m'en rapproche* ». Je suis resté un patriote du local. Je crois à ce que représente la proximité, ensemble, avec les citoyens qui prennent leurs affaires en main. Si l'on ne réfléchit pas à ces questions des fonctions du salariat, ni à l'organisation de ceux qui sont aujourd'hui assujettis à la sous-traitance, on laisse des champs immenses à plus d'assujettissement pour des catégories de plus en plus nombreuses de travailleurs non salariés mais surexploités. ■



Denis Troupenat

Conclusion



Joël Blondel

Bernard Laurençon

Je remercie nos intervenants de la table ronde et donne maintenant la parole à Joël Blondel, directeur régional, qui va conclure cette conférence.

Joël Blondel

Bonsoir à toutes et à tous. Merci, Monsieur le Président, de m'avoir convié à votre conférence pour la conclure.

La Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE) réunit un certain nombre de services pouvant paraître hétérogènes mais dont les missions sont toutes tournées vers l'entreprise et les acteurs économiques et sociaux. Et je ne partage pas le point de vue de M. Lucas qui, dans le propos introductif rapporté, affirmait que la RGPP représente un affaiblissement de la fonction travail et des administrations du travail. En Île-de-France, nous nous efforçons de faire en sorte que cette fonction conserve toute son importance en matière de régulation, de contrôle et de droit social, comme elle l'a eue historiquement dans ce pays. S'agissant de la rupture du contrat de travail, il faut avoir en tête que, depuis une quarantaine d'années, son histoire est liée à la montée du chômage de masse. Les politiques de dérégulation de ces dernières années ont souvent été un arbitrage entre sécurité juridique et pérennisation du contrat de travail d'une part, et capacité de l'employeur à licencier et à recruter de l'autre. L'autorisation administrative de licenciement, sa création puis sa suppression onze ans plus tard, est au fond l'exemple un peu paradoxal de cet arbitrage.

Nous constatons aujourd'hui des évolutions très profondes de la relation de travail, et de la manière de l'accomplir dans les entreprises, qui se caractérisent par une très grande recherche d'autonomisation de la part des employeurs comme parfois des salariés. L'auto-entreprenariat en est un exemple. Ce dispositif, qui connaît un réel succès, est parfois dévoyé. C'est notre mission de veiller à éviter et, le cas échéant, à sanctionner ces dévoiements. Il y a aussi un besoin de mobilité.

Tous les ans, dans les grandes démocraties occidentales, 15 % d'emplois sont supprimés et 15 % d'emplois sont créés (étude Cahuc, Zylberberg de 2004). Ces mouvements importants ne sont pas sans conséquences. Une partie de notre droit du travail, aujourd'hui, se construit au sein des institutions européennes. Les dix dernières années ont été marquées par la stratégie de Lisbonne et par le modèle de « flexsécurité » qui a influencé les décisions prises en matière de droit du travail. Le Contrat nouvelle embauche (CNE) et la rupture conventionnelle du contrat de travail sont des enfants de la stratégie de Lisbonne. L'Accord national interprofessionnel de 2008 a souvent été présenté comme un exemple d'accord de flexsécurité à la française. La rupture conventionnelle, telle qu'elle a été transcrite dans la loi, est issue de la volonté des partenaires sociaux.

La loi de modernisation du marché du travail de juin 2008 n'y a rien ajouté, si ce n'est le bloc de compétences renvoyant les litiges administratifs devant le Conseil de prud'hommes. Il y a eu 230 000 demandes en 2009, dont 192 000 ont été homologuées. Nous sommes sur un rythme de 25 000 demandes par mois, et de 21 000 homologations. C'est un dispositif surveillé par l'administration et les services de l'administration du travail dans les régions et les départements. Cela n'est pas fait pour devenir un substitut au droit commun du licenciement. Ce dispositif ne représente d'ailleurs que 8 % de sorties des contrats à durée indéterminée. C'est déjà important, mais pas encore massif. 37 % des sorties de CDI sont des licenciements et 56 % des démissions. La répartition par âges des personnes bénéficiant d'une rupture conventionnelle est assez proche de celle pour les licenciements (sauf dans les très grandes entreprises où la part des salariés âgés est plus importante en matière de licenciements). Si la rupture conventionnelle figure au rang des mesures de flexibilité de 2008, celles-ci sont aussi équilibrées par des mesures visant à renforcer la sécurisation des parcours professionnels (comme le dispositif de portabilité des droits institués par l'accord, comme le Droit individuel à la formation (DIF), la mutuelle complémentaire ou la prévoyance). Ces dernières mesures sont timides mais structurantes ; elles constituent le type de compensation qu'il nous faut rechercher dès lors que nous sommes conduits,

dans certains cas et parce que les modes de production et la demande sociétale évoluent, à faire évoluer aussi la relation individuelle entre l'employeur et le salarié.

La question a été posée de savoir si nous allons sous-traiter l'homologation de la rupture conventionnelle dans le cadre de la RGPP 2. Il n'en est pas question, même si nous avons à travailler à l'amélioration du processus et du dispositif d'homologation. Cela m'amène à vous évoquer le rôle important que joue l'Inspection du travail par rapport à la question de la rupture du contrat de travail. Ce rôle prend des formes diverses. Certaines sont classiques, d'autres plus nouvelles. L'Inspection a une fonction d'information sur les droits, assurée par les services de renseignements qui s'adressent aux salariés comme aux employeurs ; une fonction d'intermédiation entre les partenaires de l'entreprise, qui s'est appuyée sur un contrôle administratif différent selon les étapes de notre législation sociale depuis 1945 ; une fonction de garant des libertés publiques, qui s'appuie sur le contrôle *a posteriori* portant sur les abus de droit ; et une fonction de prévention des ruptures du contrat de travail. Je pense, contrairement à Maître Grumbach, que la GPEC peut encore vivre ;

nous avons des exemples en Île-de-France, où nous avons conduit des actions judicieuses et efficaces avec le Conseil régional et les partenaires sociaux dans le cadre de la convention tripartite sur la sécurisation des parcours professionnels. Les services de la DIRECCTE et l'Inspection du travail interviennent donc à différents stades de la rupture du contrat de travail. Cela n'est pas un rôle complémentaire de celui du juge, mais un rôle important de contrôle et de régulation. Les conséquences sociales d'un licenciement justifient que tout licenciement qui peut être évité le soit. Il faut de même faire en sorte, aussi souvent que possible, d'empêcher qu'une entreprise périclite. Nous avons besoin d'une législation protectrice et équilibrée permettant aux salariés de ne pas vivre dans la crainte du chômage et aux entreprises de se développer. Cela ne doit pas se faire au détriment de l'un ou de l'autre. Nous devons rechercher de nouveaux cadres équilibrés, passant notamment par la sécurisation des parcours professionnels. Nous devons œuvrer dans ce sens. Ce n'est pas encore l'histoire, ce n'est pas encore l'avenir, mais c'est une orientation importante qui doit guider l'action de l'administration du travail. Merci Monsieur le Président. ■



“ Une législation équilibrée permet aux salariés de ne pas vivre dans la crainte du chômage et aux entreprises de se développer. ”

Conclusion

Bernard Laurençon

Merci Monsieur Blondel pour cette conclusion. Je vous remercie tous d'avoir participé à cette conférence, particulièrement Bernard Augier, qui s'est déplacé de Lyon, Tiennot Grumbach venu d'Île-de-France. Merci aussi à Jacques-Frédéric Sauvage qui a accepté de venir débattre avec des collègues qui n'ont pas forcément les mêmes opinions que lui. Et un grand merci aussi au doyen Waquet qui m'a dit tout son intérêt pour ce type de recherche historique.

Je voudrais aussi remercier mes collègues du Comité d'histoire, parmi lesquels Jean-Jacques Guéant, Danielle Sandaran, André Turoche, Dominique Guyot, Nicole Lejeune et Frédéric Léonzi.

Aujourd'hui, j'aurai une mention spéciale pour Madeleine Comparon qui termine sa carrière professionnelle ce jour même, après trente ans à la Direction régionale du travail en tant que chargée de la communication. Elle a été notre pivot et notre charnière pour faire vivre ce Comité d'histoire. C'est grâce à elle que nous avons pu tirer des cahiers spécifiques de nos conférences. Elle est à l'origine aussi de la parution des cinquante exemplaires de la revue Echange Travail. Au nom de ce Comité, je lui remets le CD des cinquante Echange Travail qui ont été numérisés ainsi qu'un grand bouquet de fleurs. ■

