

28 juin 2006

L'INSECURITE JURIDIQUE DE L'EMPLOYEUR

par

Jacques Freyssinet

Ce texte est une contribution pour une réunion de travail « Contrat de travail et relation d'emploi » organisée par le CEE. Il vient en complément de la note LASAIRE n°8 : Les deuxièmes "cent jour" de Villepin : naissance et mort du CPE. Il développe et explicite la question de l'insécurité juridique soulevée dans les conclusions de la note.

Hypothèse :

Certaines organisations patronales (et certains experts) tiennent aujourd'hui simultanément deux discours qui sont, dans une large mesure, contradictoires :

- d'une part, l'« insécurité juridique » que subirait l'employeur dans la relation d'emploi est présentée comme un obstacle à l'embauche, à la création d'emplois et, plus généralement, au fonctionnement efficace du marché du travail ;
- d'autre part, l'accumulation de textes normatifs contraignants, surtout s'ils sont d'origine publique, est accusée des mêmes maux, ce qui fonde une préconisation de retour à la logique d'un contrat de droit privé dans la relation d'emploi.

Nous proposons de tester l'énoncé alternatif suivant :

- la logique du contrat, issue des principes fondamentaux du droit privé, plus spécialement du droit civil, implique, par nature, un état d'« insécurité juridique » pour les cocontractants ;
- historiquement, la réduction de l'« insécurité juridique » dans la relation d'emploi résulte de l'édification d'un système de normes collectives reconnues légitimes par les acteurs, au moins en tant que compromis provisoirement accepté.

Qu'est-ce que l'« insécurité juridique » de l'employeur ?

Ce vocabulaire a été utilisé dans différents rapports récents¹ ou dans des déclarations de responsables patronaux. Sauf omission, on n'en trouve nulle part une définition explicite, mais, à partir des arguments avancés, il est possible de distinguer trois composantes de l'insécurité² :

- la prolifération, l'instabilité et la complexité des normes imposées par la législation du travail : l'insécurité provient du risque de pécher par ignorance et d'être sanctionné ;
- la longueur des procédures judiciaires et l'incertitude quant au délai d'obtention du résultat final et quant à la nature de ce résultat ; le problème est amplifié par l'impact rétroactif des revirements de la jurisprudence de la Cour de cassation ;
- la « judiciarisation », c'est-à-dire la propension, supposée croissante, des salariés à porter devant les tribunaux leurs litiges avec les employeurs.

¹ Michel de Virville, *Pour un Code du travail plus efficace*, Rapport au Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité, janvier 2004 ; Olivier Blanchard et Jean Tirole, *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, Rapport au Conseil d'analyse économique, mai 2003 ; Pierre Cahuc et Francis Kramarz, *De la précarité à la mobilité : vers une sécurité sociale professionnelle*, Rapport au Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie et au Ministre de l'Emploi, du travail et de la Cohésion sociale, décembre 2004.

² Pour faire bref, nous utilisons désormais « insécurité » pour désigner l'« insécurité juridique de l'employeur ».

Il existerait donc une quadruple insécurité :

- sur le contenu des règles qui s'appliquent à chaque relation d'emploi particulière,
- sur la solution juridique qui serait donnée à d'éventuels conflits nés de cette relation,
- sur le délai pour l'obtention d'une solution définitive,
- sur le coût final global pour l'employeur.

Le rapport de Virville consacre deux chapitres à cette question³. Sous le titre « *Un droit du travail plus lisible et plus accessible* », il préconise notamment la réforme du Code du travail par ordonnance pour éviter les complexités et contradictions issues des amendements parlementaires. Sous le titre « *Un droit du travail plus cohérent et plus prévisible* », il propose une réduction de certaines incertitudes engendrées par la jurisprudence (réduction de certains délais de forclusion et de prescription, possibilité de caractère non rétroactif des revirements de jurisprudence...).

Le rapport d'Olivier Blanchard et Jean Tirole s'intéresse principalement aux procédures de licenciement. Une distinction centrale est établie entre « licenciement pour faute sérieuse et licenciement pour cause économique »⁴. Dans le premier cas, il est nécessaire que le salarié puisse en contester le bien fondé devant les tribunaux. Dans le second cas, seule l'entreprise dispose des éléments d'appréciation. Dès lors qu'elle prend en charge financièrement les coûts sociaux de ses licenciements, elle doit être libre de sa décision, sans la contrainte de lourdes procédures consultatives, ni le contrôle d'un juge qui n'a pas les compétences économiques nécessaires. Sous cette hypothèse, le risque juridique disparaît et le coût économique est calculable d'avance par l'entreprise.

Le rapport de Pierre Cahuc et de Francis Kramarz se situe dans la même logique quant aux licenciements économiques⁵. Une garantie de reclassement pour les salariés, une obligation pour les entreprises de contribuer, à cette fin, à un fonds mutualisé permettraient l'« *abandon de la notion de licenciement économique* ». La référence à la « *sécurisation juridique* » est explicite (point 331) ainsi qu'à la possibilité d'anticipation des coûts.

L'idée qu'une sécurisation juridique de la relation d'emploi, au bénéfice de l'employeur, accompagne la sécurité sociale professionnelle, qui serait garantie aux salariés, ne soulève *a priori* aucune objection de principe. La question est d'apprécier la compatibilité de cet objectif avec un autre impératif privilégié par les organisations patronales : le retour à la logique du contrat.

Qu'est-ce que la logique du contrat en matière de relation d'emploi ?

Réagissant au rapport de Virville, auquel il « *adhère globalement* », le Medef a rendu publiques ses propres propositions⁶. D'entrée, certains objectifs sont mis en avant.

- « *Redonner toute sa force au contrat, individuel et collectif (...).*
- *Réaffirmer l'application des principes généraux du droit civil au contrat de travail (...).*
- *Rétablir dans tous les cas l'application de la règle qui impose au demandeur d'apporter la preuve de ses allégations et bannir l'existence d'une preuve négative à la charge du défendeur (...).*

³ *Op.cit* ;, chapitres 2 et 3.

⁴ *Op.cit.*, notamment point 8.2.

⁵ De même que les deux rapports préconisent le recours à un contrat de travail unique, autre source de simplification du droit, donc de réduction de l'insécurité qui résulte des conditions juridiques de recours aux différents types de contrats et de leur éventuelle requalification par les juges.

⁶ MEDEF, *Moderniser le Code du travail : les 44 propositions du MEDEF*, mars 2004.

- *Créer un bloc de compétence pour que les litiges nés à l'occasion de l'application du droit du travail relèvent exclusivement de la compétence judiciaire (Op.cit., p.4).*

On comprend bien la signification de cette démarche, en réaction contre la prolifération de dispositions dérogatoires du droit commun, progressivement sédimentées dans le Code du travail. Sans en discuter sur le fond⁷, nous entendons seulement examiner son degré de cohérence avec la revendication de sécurisation juridique. Quelques rappels historiques et un éclairage comparatif permettront d'amorcer la réflexion.

France : quelques enseignements de l'histoire

Deux exemples sont significatifs.

Les accidents du travail

Les trois premiers quarts du XIX^e siècle apparaissent, en France, comme une période de triomphe du droit civil dans la mise en œuvre du contrat de louage de services⁸. Ses principes s'appliquent, entre autres, aux litiges nés des accidents du travail : principes de responsabilité, charge de la preuve, délai de recours... Les travaux de François Ewald⁹ montrent que le développement d'institutions patronales dans ce domaine a d'abord eu pour but, en ce qui concerne les employeurs, « *d'échapper à la sanction juridique de leurs obligations, d'éviter l'immixtion du judiciaire* ». L'extension progressive par la jurisprudence du champ de la responsabilité patronale en cas d'accident du travail (responsabilité en cas de faute patronale, responsabilité liée au rapport de subordination, responsabilité du fait des choses) multiplie les bases possibles de l'action judiciaire des salariés, aiguise l'antagonisme capital-travail, accroît l'incertitude pour les employeurs dans l'attente des décisions des juridictions pénales et civiles.

Après dix-huit années de débats, le compromis adopté dans la loi de 1898 rompt avec les principes du droit civil : la réparation intégrale et individualisée, fonction du préjudice et de l'appréciation des responsabilités, est remplacée par une réparation forfaitaire associée à la notion de risque professionnel et garantie au salarié, sauf « faute inexcusable » de sa part. C'est bien un régime d'exception, étranger à la logique du contrat et de la responsabilité issue du droit privé qui assure la sécurisation pour les deux parties : pour l'employeur, coûts mutualisés selon un barème ; pour le salarié, certitude d'une indemnisation en fonction du taux d'incapacité. Ainsi les accidents du travail cessent d'être une cause permanente de conflits dans l'entreprise et de « judiciarisation » des relations d'emploi. François Ewald fait de cette loi l'acte de naissance d'un droit du travail distinct du droit commun et non simplement complémentaire de celui-ci.

L'autorisation administrative de licenciement économique

La suppression de cette autorisation, en 1986, est présentée alors comme la réponse symbolique que donne une nouvelle majorité parlementaire de droite aux demandes répétées du patronat. Elle fait disparaître un régime d'exception qui constituait une entrave à la liberté de gestion des employeurs. L'expérience est trop connue pour qu'il soit utile de la rappeler dans le détail.

⁷ Ce qui exigerait la relecture de toute l'histoire du droit du travail à la lumière du rapport de subordination et du principe de « l'employeur seul juge ».

⁸ Sous la réserve, comme l'ont bien montré les travaux d'Alain Cottureau, de la longue défense par les Conseils de prud'hommes des usages professionnels et locaux. Voir, par exemple : « Justice et injustice ordinaire sur les lieux de travail d'après les audiences prud'homales », *Le mouvement social*, n°141, oct.-déc. 1987 et « Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré puis évincé par le droit du travail (France, XIX^e siècle) », *Annales HSS*, nov.-déc. 2002. C'étaient les usages reconnus par les Conseils de prud'hommes qui créaient la sécurité juridique pour les deux parties.

⁹ *L'Etat providence*, Grasset, 1986, ou : *Histoire de l'Etat providence*, Grasset, 1996.

- L'autorisation administrative était, *in fine*, presque toujours accordée, mais au terme d'une négociation entre l'entreprise et l'Inspection du travail, négociation qui portait conjointement sur le nombre des licenciements, la qualité du plan social et les contreparties apportées par l'Etat grâce, en particulier, aux crédits du *FNE*. L'Inspection du travail était, au cours de cette négociation, en contact régulier avec les représentants des salariés. Cette procédure engendrait un délai pour l'entreprise, mais lui apportait, outre les aides publiques, une sécurité juridique puisque les tribunaux considéraient que l'autorisation administrative établissait la légitimité de la décision de licenciement.
- La suppression de l'autorisation administrative et le caractère purement consultatif de l'intervention des instances de représentation du personnel font que la décision de licenciement ne peut désormais être contestée que devant les tribunaux¹⁰. Aux discussions tripartites entre des acteurs qui parlaient le même langage, se substitue une controverse juridique dans le prétoire. Au cas par cas, la Chambre sociale de la Cour de cassation construit progressivement une jurisprudence entièrement originale qui sera, à diverses reprises, validée ou infléchie par la loi.

C'est clairement le triomphe d'une revendication libérale du patronat, visant au recul de l'intervention publique dans la relation d'emploi, qui a poussé à la « judiciarisation » du traitement des licenciements économiques et engendré une longue période d'insécurité juridique, c'est-à-dire d'incertitude pour l'employeur (comme pour les salariés) sur la nature de la décision finale, le délai dans lequel elle serait rendue et les coûts financiers qui y seraient associés.

États-Unis : un libre marché du travail

Les Etats-Unis constituent la référence rituelle des libéraux pour démontrer l'efficacité d'un marché du travail indemne des entraves imposées par l'intervention publique. Le principe de l'« *employment at will* » libère l'employeur de toute contrainte en matière d'embauche et de licenciement dès lors qu'il échappe au carcan de la négociation collective.

Il est vrai que la quasi-absence de droit du travail, au moins à l'échelle fédérale, faisait des conventions collectives la seule contrainte à la liberté de gestion de l'emploi par les employeurs (règles de *seniority*, *LIFO*, règles de recours au *temporary lay out*, puis de rappel, etc.). En cas de litige, la convention collective prévoit des mécanismes, souvent complexes, de conciliation ou d'arbitrage. La procédure peut être lourde, mais elle est maîtrisée par les signataires de l'accord. Le degré de sécurité juridique pour l'employeur est élevé. Souvent, pour échapper au risque de syndicalisation, les entreprises acceptaient unilatéralement d'appliquer les mêmes règles. Avec le rétrécissement, comme peau de chagrin, du secteur syndiqué et l'affaiblissement général de la « menace » de syndicalisation, les employeurs semblent avoir recouvré une totale liberté, en particulier en matière de licenciement. L'expérience démontre le contraire.

- En premier lieu, la multiplication, sous l'action de divers mouvements sociaux, de législations fédérales de lutte contre les discriminations dans l'emploi (selon le sexe, la race, l'âge, l'inaptitude, les comportements sexuels, etc.) a changé la nature des litiges relatifs à l'emploi. La rétraction des procédures liées à la négociation collective a laissé comme seule possibilité, pour la grande majorité des salariés, l'action devant les tribunaux au nom de la discrimination dans l'emploi. C'est l'application des principes généraux du droit qui commande la production d'une jurisprudence évolutive, engendrant pour les entreprises une grande insécurité juridique et le risque de lourdes condamnations financières. Elles essayent de s'en protéger en mettant en application des normes impersonnelles de gestion du personnel pour établir l'absence de toute forme de préférence individuelle.

¹⁰ Nous revenons plus loin sur cet aspect.

- En second lieu, la généralisation de systèmes d'assurance chômage fondés sur un critère d'*experience rating* (bonus-malus)¹¹ a engendré un contentieux spécifique sur la qualification des licenciements. En règle générale, le salarié qui est licencié pour faute grave ou qui a quitté volontairement son emploi n'a pas droit aux allocations, donc n'est pas générateur de malus pour son ex-employeur. Dès lors, la qualification du licenciement met en conflit employeur et salarié, ainsi que, le cas échéant, la caisse d'assurance. Cette source de « judiciarisation » résulte du principe de bonus-malus qui, lui-même, reflète une pure logique de l'assurance privée où le prix de l'assurance est fonction du coût engendré pour l'assureur par l'assuré. C'est bien l'application de principes généraux du droit privé des contrats et non celle d'un droit du travail dérogatoire qui est à l'origine du contentieux.

Quelques enseignements

Nous n'entendons pas ici discuter de la légitimité de deux objectifs affichés par les organisations patronales (sécurisation juridique, retour à la logique du contrat), mais réfléchir sur leur cohérence.

Associer restauration de la primauté du contrat de travail individuel et sécurisation juridique de l'employeur apparaît comme un contresens. Par nature, le contrat individuel de droit privé est incomplet parce qu'il ne peut prévoir l'intégralité des avenirs possibles¹². La relation d'emploi fournit, dans le cas du contrat de travail une illustration typique de l'incomplétude des contrats. Plus les normes collectives (publiques ou conventionnelles) sont réduites, plus large est, en cas de litige, le pouvoir d'appréciation du juge qui applique au cas d'espèce les principes généraux du droit privé, notamment le droit des contrats et le droit de la responsabilité, donc plus forte est pour les cocontractants l'incertitude sur l'issue du procès. De même, plus réduites sont les règles et les procédures collectives de règlement des conflits, plus forte est la propension à la « judiciarisation »¹³.

Il est étonnant d'observer la « naïveté » des arguments avancés pour contester la compétence du juge. Ainsi, on récuse la capacité du juge de se prononcer sur les licenciements économiques au nom de son absence de compétence économique. Il s'agit d'un jeu maladroit sur la polysémie du terme compétence. Dans tous les domaines de sa compétence juridique, et de tout temps, le juge a appliqué et applique les règles de droit à des litiges portant sur des domaines où il n'est jamais techniquement compétent. Lui refuser le droit de se prononcer sur un licenciement économique parce qu'il n'est pas économiste reviendrait à lui refuser de juger sur *AZF* parce qu'il n'est pas chimiste ou sur une opération ratée d'un chirurgien parce qu'il n'a pas fait d'études médicales. Le juge s'appuie sur des rapports d'expert, mais l'insécurité juridique est inhérente à son intervention. Si la réponse était certaine, le

¹¹ Voir par exemple : David Margolis et Denis Fougère, « Moduler les cotisations employeurs à l'assurance chômage : les expériences de bonus-malus aux Etats-Unis », *Revue française d'économie*, n°2, 2000.

¹² Sauf le cas limite d'un contrat *spot* portant sur une marchandise parfaitement normalisée.

¹³ Il est remarquable qu'au nom de la « sécurisation juridique » de l'employeur, aient été introduites dans le *CNE*, puis dans le *CPE* mort-né, des dispositions qui étaient en contradiction avec la logique traditionnelle des contrats, par exemple, la prescription au bout de douze mois de toute contestation sur la rupture.

juge serait inutile. Revendiquer la primauté du contrat et des principes généraux du droit civil, comme le fait le *Medef* (voir la citation donnée plus haut), c'est accepter cette incertitude.

Historiquement, l'adoption de normes générales s'imposant aux contrats de travail a eu, entre autres fonctions, celle de réduire l'incertitude juridique pour les deux parties au contrat et, ceci, d'autant mieux que les normes étaient plus stables et plus précises¹⁴. Auparavant, les coutumes et usages locaux de chaque profession jouaient le même rôle. Détruire de telles normes, ou les réduire à de simples principes généraux, c'est créer l'insécurité juridique. Le patronat doit choisir entre deux revendications. En revanche, le débat est ouvert sur la nature des normes, publiques ou conventionnelles, et sur leur territoire de référence, de l'Europe au niveau local. Revenons, par exemple, sur les licenciements économiques collectifs.

- De 1975 à 1986, la forme unilatérale et autoritaire de l'autorisation administrative recouvrait des négociations informelles parallèles entre l'Inspection du travail et, d'une part, les employeurs, d'autre part, les représentants des salariés. La solution était fixée lorsque l'Inspection estimait qu'un point d'équilibre avait été atteint.
- La réforme de 1986 crée une situation particulièrement perverse. Il n'existe plus de normes que relatives à la procédure de consultation des *IRP*. Celle-ci est particulièrement complexe et n'offre aux salariés que les moyens d'une stratégie de retardement, en s'appuyant sur la contestation juridique, ce qui, d'une part, accroît le coût pour l'employeur, d'autre part, donne du temps pour organiser les mobilisations. Finalement l'employeur, s'il est bien conseillé et à condition d'opérer par surprise, impose ses choix (sauf rapports de forces exceptionnels), mais craindra pendant longtemps une mauvaise surprise que lui réserverait la justice.
- Les travaux de comparatifs¹⁵ montrent l'existence de solutions alternatives plus efficaces économiquement et acceptables socialement. La négociation régulière du contenu d'une gestion prévisionnelle de l'emploi permet d'anticiper d'éventuelles réductions d'effectifs ou, à défaut, de les traiter selon des procédures rodées et acceptées. La capacité d'aboutir à un accord sur le mode de gestion des restructurations constitue la meilleure garantie de sécurité juridique pour l'employeur¹⁶.

En résumé, nous considérons que la réaffirmation de la primauté du contrat individuel de travail et des principes fondamentaux du droit civil va à l'encontre de la « sécurisation juridique de l'employeur ». Cette dernière repose sur l'existence de normes collectives qui ont d'autant plus de chances d'être stables qu'elles sont reconnues comme légitimes par des acteurs sociaux représentatifs. Selon les cas, cette légitimité peut être le produit d'une négociation collective ou d'un processus de réelle concertation dans l'élaboration d'une règle publique de droit. À l'opposé, l'incomplétude du contrat de travail, en l'absence de

¹⁴ En ce sens, il est vrai que des normes multiples, instables et parfois contradictoires sont créatrices d'une insécurité juridique qu'il convient de réduire au minimum.

¹⁵ Par exemple : « Restructurations, nouveaux enjeux », *La revue de l'IRES*, numéro spécial 47, 2005/1.

¹⁶ Ceci pose bien évidemment la question de la volonté et de la capacité de négocier des accords entre organisations représentatives, telles que l'accord soit reconnu comme un compromis légitime et fiable. Nous n'examinons pas ici cette question beaucoup plus générale qui conditionne tout progrès significatif du dialogue social. Cf. Dominique-Jean Chertier, *Pour une modernisation du dialogue social*, Rapport au Premier ministre, mars 2006 ; Raphaël Hadas-Lebel, *Pour un dialogue social efficace et légitime : représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales*, Rapport au Premier ministre, mai 2006.

procédures collectivement acceptées de règlement des conflits, engendre le recours à l'intervention du juge, par essence imprévisible.