

COMPETITIVITE DE LA FRANCE : LES JUGES ACCUSES

Par le pôle Affaires sociales et le pôle Justice de Terra Nova

Le 12 mars 2013

Synthèse

Dans une étude intitulée « Les juges et l'économie : une défiance française », publiée en décembre 2012¹, les économistes Pierre Cahuc et Stéphane Carcillo mènent un véritable procès à charge contre les juges français. Mal formés à l'économie, ces derniers seraient encore plus méfiants que leurs compatriotes à l'égard de la concurrence et du marché, et imposeraient aux entreprises un contrôle particulièrement tatillon de leurs licenciements pour motifs économiques, sans commune mesure avec celui existant chez nos partenaires européens. Les juges feraient ainsi obstacle aux nécessaires adaptations des entreprises à la situation économique.

L'étude de P. Cahuc et S. Carcillo repose sur deux éléments : une analyse de la jurisprudence de la Cour de cassation et un sondage d'opinion auprès d'un échantillon de magistrats. Ces deux temps de la démonstration appellent de sérieuses critiques :

- Si le droit français exige, pour que le licenciement économique soit justifié, un motif économique réel et sérieux, l'absence de toute possibilité de reclassement, ou l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi proportionnel aux moyens de l'entreprise, la loi et la jurisprudence visent également à protéger la liberté de l'employeur, en lui permettant de procéder à un licenciement économique dans de nombreux cas, notamment par anticipation de difficultés économiques futures (arrêt Pages Jaunes de 2006).
- Selon l'étude, la France serait en la matière un des rares pays à contrôle juridictionnel fort, alors même qu'aux Pays-Bas, l'employeur doit démontrer que les licenciements sont nécessaires à la bonne marche de l'entreprise et fournir la preuve que d'autres solutions ont été envisagées, et qu'en Allemagne, le juge exige qu'un licenciement économique se justifie pour des « raisons urgentes », qu'il soit « inévitable » et qu'existe un accord collectif : autant de conditions plus strictes qu'en France.
- Le sondage commandité par l'étude de P. Cahuc et S. Carcillo a été réalisé auprès d'un échantillon de magistrats professionnels. Or ceux-ci ne jugent qu'une partie minoritaire du contentieux des

¹ Etude publiée par l'Institut Montaigne :

<http://www.institutmontaigne.org/les-juges-et-l-economie-une-defiance-francaise-3696.html>

licenciements, qui relèvent pour l'essentiel des juges des prud'hommes. D'autre part, les magistrats professionnels sondés n'ont pas été nécessairement amenés à se pencher sur des contentieux sociaux. En se basant sur les réponses à une question reprise du World Values Survey, le sondage montre que les magistrats sont encore plus hostiles que les Français à l'idée que l'Etat devrait laisser plus de libertés aux entreprises : outre les limites d'une démarche purement quantitative, dont les résultats sont particulièrement sensibles à la formulation des questions, déduire de la réponse à une seule question sur la liberté de gestion des entreprises une hostilité globale des magistrats à l'économie de marché ne relève pas de la plus grande rigueur scientifique.

L'étude de P. Cahuc et S. Carcillo, en stigmatisant les juges français dans leur globalité, manque les vrais problèmes : la mauvaise qualité des relations sociales en France, le manque de dialogue social effectif. Derrière cette critique des juges, c'est un modèle de relations du travail sans juge qui est valorisé.

Note
intégrale

1 - UNE PRESENTATION TRONQUEE DE LA JURISPRUDENCE

1. 1 - UNE JURISPRUDENCE QUI RECHERCHE EN REALITE L'EQUILIBRE

Selon l'étude, « depuis 1973, date d'instauration par la loi du principe de cause réelle et sérieuse du licenciement, la législation et la jurisprudence, en réponse à la hausse continue et la persistance du chômage, n'ont eu de cesse de renforcer le contrôle et de restreindre les possibilités de licencier pour un motif non inhérent à la personne du salarié »². Une analyse moins partielle de la jurisprudence montre en réalité la recherche d'un équilibre entre la protection du salarié et le respect de la liberté d'entreprendre de l'employeur.

Du côté de la protection du salarié, il y a certes le contrôle par le juge du caractère « réel et sérieux » du motif économique, le fait que le licenciement économique n'est justifié qu'en cas d'impossibilité de reclasser le salarié, et, pour les licenciements collectifs concernant plus de dix salariés, l'obligation de suivre une procédure d'information et de consultation des représentants du personnel et d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi. Il y a également la distinction entre la « sauvegarde de la compétitivité », qui justifie le licenciement, et « l'amélioration de la compétitivité », qui n'est pas un motif suffisant.

Mais la loi et la jurisprudence visent également à protéger la liberté de l'employeur. Elles permettent d'abord de procéder à un licenciement économique dans une grande variété d'hypothèses : à côté des difficultés économiques et des mutations technologiques, prévues par la loi, le juge a reconnu les cas de la cessation d'activité de l'employeur (par exemple en cas de départ à la retraite du chef d'entreprise) et de la réorganisation de l'entreprise, lorsque celle-ci est nécessaire pour sauvegarder

² Les auteurs reconnaissent certes, dans une note de bas de page, que la suppression de l'autorisation administrative de licenciement en 1986 constitue une exception...

sa compétitivité. La Cour de cassation admet notamment que l'entreprise procède à des licenciements suite à des mutations technologiques, même en l'absence de difficultés économiques.

Dès lors que l'entreprise se situe dans l'une de ces hypothèses, la Cour de cassation estime qu'il ne revient pas au juge de contrôler le choix de l'employeur entre diverses solutions possibles et d'examiner si d'autres solutions auraient pu préserver un plus grand nombre d'emplois (arrêt *SAT* de 2000). En d'autres termes, la Cour de cassation refuse que le juge procède à un contrôle de proportionnalité du nombre de licenciements.

La Cour a également admis que l'entreprise puisse procéder à des licenciements destinés à prévenir des difficultés économiques futures liées à des évolutions technologiques, sans avoir à justifier de l'existence de telles difficultés à la date du licenciement (arrêt *Pages Jaunes* de 2006). Cette nécessité de permettre à l'employeur de prévenir des difficultés futures sans attendre qu'elles se concrétisent est également protégée par le Conseil constitutionnel (décision de 2002 sur la loi de modernisation sociale).

Enfin, dans un arrêt récent du 3 mai 2012 (*Viveo*), la Cour de cassation a censuré la cour d'appel de Paris pour avoir jugé qu'une procédure de licenciement était nulle lorsque le motif économique n'était pas réel et sérieux. La Cour de cassation estime que seule l'absence ou l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi soumis aux représentants du personnel peut entraîner la nullité de la procédure de licenciement pour motif économique. Elle indique que « la procédure de licenciement ne peut être annulée en considération de la cause économique de licenciement, la validité du plan étant indépendante de la cause économique ». Ainsi, le défaut de motif réel et sérieux peut seulement impacter l'indemnisation du salarié licencié et non sa réintégration. L'arrêt de la cour d'appel de Paris avait pourtant été salué par ceux qui attendaient du juge qu'il puisse empêcher les « licenciements boursiers », mais la Cour de cassation n'a pas voulu s'engager dans cette voie.

Comme l'avait déjà conclu un rapport du Conseil d'analyse économique, « la Cour de cassation a continûment eu à cœur d'adapter sa jurisprudence aux mutations économiques »³. De même, un groupe de travail pluridisciplinaire réuni par le Centre des études de l'emploi, composé de juristes, d'économistes et de sociologues, a conclu à un « pouvoir mesuré du juge sur le contrôle des motifs économiques du licenciement »⁴. Tous ces éléments qui attestent du souci du juge de protéger la liberté de gestion de l'employeur sont passés sous silence par l'étude de P. Cahuc et S. Carcillo. Elle préfère s'attarder sur deux décisions d'espèce isolées, qu'elle présente de manière biaisée⁵.

Surtout, la présentation suggère que le contentieux est omniprésent dans les licenciements économiques. Or ceux-ci ne sont presque jamais contestés par les salariés qui le subissent : seuls

³ J. Barthélémy et G. Cette, « Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique », CAE, janvier 2010.

⁴ B. Gomel, D. Méda et E. Serverin (dir.), *L'emploi en ruptures*, Dalloz, 2009 ; cf. également des mêmes auteurs « Le licenciement pour motif économique est-il juridiquement risqué en France ? », *Connaissance de l'emploi*, n° 72, septembre 2010.

⁵ La présentation des deux décisions occulte le fait que la Cour de cassation ne juge pas le fond de l'affaire (et ne détermine donc pas si le licenciement était ou non justifié) mais vérifie seulement que le raisonnement juridique de la cour d'appel est correct.

2,5 % des licenciés pour motif économique saisissent le juge. Le risque contentieux est donc très faible, à la différence des licenciements pour motif personnel, qui sont contestés dans 26 % des cas. Au niveau de la Cour de cassation, en 2011, sur les 6267 arrêts rendus par la chambre sociale de la Cour de cassation, seuls 180 portaient sur le licenciement économique, soit un taux de 2,9 %⁶.

1. 2 - UNE COMPARAISON AVEC LES AUTRES PAYS EUROPEENS FRAGILE ET CONTESTABLE

Selon l'étude, la France serait le seul pays européen, avec l'Espagne, à procéder à un contrôle du caractère « sérieux » du motif économique, et se classerait ainsi parmi les rares pays à contrôle juridictionnel fort. Les auteurs ne donnent aucune explication sur les travaux leur permettant d'étayer cette affirmation. Ce passage de l'étude est en réalité un copier-coller d'un article de P. Cahuc et de S. Carcillo écrit il y a cinq ans⁷, lui-même assez succinct sur sa méthodologie en ce qui concerne l'analyse des systèmes juridiques.

La lecture de cet article de 2007 ne permet pas très bien de comprendre en quoi la situation de la France serait si exceptionnelle. Ainsi, les Pays-Bas sont classés parmi les pays à contrôle juridictionnel faible, mais l'employeur doit y démontrer que les licenciements sont nécessaires à la bonne marche de l'entreprise et fournir la preuve que d'autres solutions ont été envisagées, ce qui n'est pas le cas en France suite à l'arrêt SAT. En Allemagne, le licenciement économique peut survenir, pour des nécessités urgentes de l'entreprise et des exigences inévitables, et un accord sur le plan social est indispensable pour pouvoir prononcer les licenciements : ces conditions apparaissent beaucoup plus strictes qu'en France.

D'autres éléments sont passés sous silence. Ainsi dans certains pays, la remise en cause du licenciement par le juge conduit à la réintégration du salarié, alors que ce n'est le cas en France que dans des hypothèses restreintes. La réforme dite historique du marché du travail que le gouvernement Monti a fait voter il y a quelques mois en Italie a consisté justement à supprimer ce droit à réintégration prévu par « l'article 18 » du code du travail ; elle n'a fait sur ce point que rapprocher l'Italie de la situation française... De même, l'Espagne a maintenu un système d'autorisation administrative de licenciement jusqu'à sa dernière réforme du marché du travail en février 2012, alors que la France l'a supprimé en France dès 1986. Enfin, les indemnités de licenciement sont souvent plus généreuses qu'en France, où les indemnités légales ne représentent qu'un cinquième de mois de salaire par année d'ancienneté ; ainsi en Espagne, dans la procédure dite de « licenciement express » fréquemment mise en œuvre par les employeurs, ces derniers peuvent ne pas justifier les licenciements, mais ils doivent alors reconnaître qu'ils ont licencié sans motif valable, et ils sont en première instance automatiquement condamnés à indemniser le salarié licencié à hauteur de 33 jours par année de travail contre 20 jours si le licenciement est justifié.

L'argument essentiel des auteurs est que les juges des autres pays ne contrôleraient que la « réalité » du motif économique, et non comme en France son caractère « sérieux ». Il n'y a

⁶ Chiffres cités par P. Bailly, doyen de la chambre sociale de la Cour de cassation, dans un entretien à la *Semaine sociale*, Lamy, n° 1557, novembre 2012.

⁷ P. Cahuc et S. Carcillo, « Que peut-on attendre de l'interdiction de licencier pour améliorer la compétitivité des entreprises ? », *Revue économique*, 2007.

cependant rien d'évident à ce que la distinction entre « réalité » et « sérieux » ait la même portée dans tous les pays. En examinant la réalité du motif économique, le juge peut, selon le degré d'approfondissement auquel il pousse son analyse, examiner le sérieux. Selon la Commission européenne, dans tous les pays européens sauf exception, le juge doit s'assurer que le motif invoqué est suffisant pour justifier le licenciement (« the judge must be satisfied that the ground is sufficient reason for termination »). Une véritable comparaison des degrés de contrôle juridictionnels impliquerait une analyse fine de la jurisprudence de chaque pays et des techniques de contrôle employées par les juges.

Le droit de l'Union européenne, qui impose déjà des procédures d'information et de consultation des représentants du personnel en cas de restructuration⁸, pourrait d'ailleurs évoluer à l'avenir vers une protection renforcée. Dans une résolution adoptée le 15 janvier 2013 à une très large majorité (503 voix pour, 107 contre), incluant donc des représentants de l'ensemble des formations politiques, le Parlement européen a invité la Commission européenne à proposer dans les trois mois une nouvelle directive. Les évolutions demandées sont importantes : concertation avec les représentants du personnel aussi précoce que possible, dès que le besoin de restructuration est envisagé ; participation des sous-traitants et de leurs travailleurs à la concertation ; obligation pour l'employeur d'examiner toutes les solutions permettant d'éviter les licenciements ; exclusion des aides publiques des entreprises ne respectant pas ces règles.

2 - DES SONDAGES A LA METHODOLOGIE CONTESTABLE

Le sondage commandité pour l'étude a été fait auprès d'un échantillon de magistrats professionnels. C'est là son principal défaut : en effet, l'essentiel du contentieux des relations individuelles du travail, et notamment des licenciements, relève des juges des prud'hommes. Les juridictions prud'homales sont composées à parité de représentants des organisations syndicales et patronales, élus par les salariés et les chefs d'entreprise. Les magistrats professionnels n'interviennent qu'en cas de partage, c'est-à-dire lorsque les juges prud'homaux ne parviennent pas à se mettre d'accord sur une solution, puis en appel et en cassation. En matière de licenciements collectifs, le rôle des magistrats professionnels est plus important, puisque la contestation de la procédure ou du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi se déroule devant le tribunal de grande instance (TGI). Somme toute, les magistrats professionnels ne jugent cependant qu'une partie minoritaire du contentieux des licenciements. Il paraît difficile de reprocher aux salariés et aux patrons d'ignorer la réalité de la vie des entreprises ; telle n'était sans doute pas l'intention des auteurs...

En outre, parmi les magistrats professionnels sondés, on ne sait pas quels sont ceux qui siègent dans des chambres sociales de cour d'appel ou de la Cour de cassation, ou qui ont déjà été amenés à se pencher sur des contentieux sociaux. Les auteurs de l'étude partent du postulat implicite que les opinions des magistrats travaillant réellement sur les contentieux sociaux sont identiques à celles de l'ensemble des magistrats, ce qui n'a rien d'évident.

⁸ Directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne.

L'étude se base entièrement sur l'analyse des résultats à trois questions posées par téléphone, reprises du World Values Survey⁹, sur l'attitude par rapport à la concurrence, le rôle de l'Etat à l'égard des entreprises et le rôle de l'Etat vis-à-vis de l'emploi. Par exemple, la question sur la concurrence est formulée ainsi : « Sur une échelle de 1 à 10, comment vous situez-vous ? 1 = La concurrence est une bonne chose. Elle pousse les gens à travailler dur et à trouver de nouvelles idées, 10 = La concurrence est dangereuse. Elle conduit à développer ce qu'il y a de pire chez les gens ». Le World Values Survey montre de manière récurrente que la France est l'un des pays les moins favorables à la concurrence et à la liberté des entreprises. Le sondage commandé à l'occasion de l'étude montre que les magistrats sont encore plus hostiles que les Français à l'idée que l'Etat devrait laisser plus de liberté aux entreprises ; il n'y a pas de différence significative entre les magistrats et l'ensemble des Français en ce qui concerne les deux autres questions. P. Cahuc et S. Carcillo en déduisent que les juges français sont extraordinairement hostiles au libre jeu de l'économie de marché, ce qui expliquerait leur jurisprudence qualifiée de très contraignante pour l'employeur.

Les indications données par ces sondages sont certes intéressantes. Néanmoins, les quelques questions du World Values Survey sélectionnées par les auteurs semblent être un instrument un peu léger pour appréhender le rapport d'une catégorie professionnelle aux questions économiques. On peut penser qu'une enquête plus qualitative, reposant sur des entretiens auprès de magistrats, aurait permis une meilleure compréhension de leur positionnement. Même si l'on admet la pertinence de la méthode quantitative, une certaine prudence s'impose quand l'on sait la sensibilité des réponses à la formulation des questions, problème bien connu des sondeurs. Déduire de la réponse à une seule question sur la liberté de gestion des entreprises une hostilité globale des magistrats à l'économie de marché, alors qu'ils répondent de manière similaire aux Français pour les deux autres questions choisies par les auteurs, paraît relever d'une extrapolation un peu rapide.

La méthode employée, reposant sur une interprétation intensive des résultats du World Values Survey pour en tirer des conclusions sur l'inadaptation de la France, rappelle celle de *La société de défiance : comment le modèle social français s'autodétruit*, ouvrage écrit en 2007 par P. Cahuc et Y. Algan. Ceux-ci s'appuient sur le faible niveau de confiance affiché par les Français (le taux de réponses positives à la question « D'une manière générale, diriez-vous que l'on peut faire confiance à la plupart des gens ou que l'on n'est jamais trop prudent dans ses rapports avec autrui ? » est relativement faible) pour en déduire que le modèle social corporatiste et étatiste français issu de la création de la Sécurité sociale en 1945 entretient une « société de défiance », qui pénalise notre croissance. Cette position fait l'objet de controverses : l'économiste E. Laurent¹⁰ conteste ainsi la possibilité de tirer des conclusions aussi générales à partir des réponses à une question dont la perception varie dans le temps et dans l'espace, et d'un concept aussi difficile à appréhender que celui de confiance. Des critiques similaires peuvent être formulées ici.

⁹ Qui est une enquête réalisée périodiquement depuis 1981 dans près de 100 pays.

¹⁰ E. Laurent, « Peut-on se fier à la société de défiance ? », La vie des idées, 13 janvier 2009 : <http://www.laviedesidees.fr/Peut-on-se-fier-a-la-societe-de.html>

3 – UNE ANALYSE INFONDEE ET PEU CONSTRUCTIVE

Les relations du travail françaises ne sont certes pas exemptes de difficultés. La qualité des relations sociales en France n'est pas très valorisée dans les classements internationaux. Les procédures d'information et de consultation des représentants du personnel en cas de restructuration pourraient être améliorées. La durée des procédures devant les juridictions prud'homales est encore trop longue (quinze mois en moyenne), plus de la moitié des jugements sont frappés d'appel et la procédure préalable de conciliation n'aboutit pas dans la plupart des cas.

Néanmoins, l'étude de P. Cahuc et S. Carcillo est contre-productive : en stigmatisant les juges français dans leur globalité, et à travers eux le droit du travail, elle ne cerne pas les vrais problèmes et ne propose rien de nouveau. Par ailleurs, elle risque de susciter des réactions défensives, de nature à rendre plus difficiles les réformes.

L'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013, dont le contenu doit être transposé dans un projet de loi, ouvre d'autres perspectives. Il a pour objet d'améliorer le règlement des litiges avant la phase contentieuse. Il incite à conclure des accords de maintien dans l'emploi (article 18), à négocier le contenu des plans de sauvegarde de l'emploi (article 20) ou, dans le cadre de contentieux individuels sur les licenciements, à régler les litiges au stade de la conciliation plutôt qu'en allant jusqu'au procès, grâce à un barème d'indemnisation fonction de l'ancienneté du salarié (article 25). **Bref, il invite les parties à rechercher des compromis plutôt qu'à porter leurs différends devant le juge. Cette voie est de nature à améliorer la qualité des relations sociales, sans remettre en cause la légitimité du juge, qui conserve toute sa place lorsqu'un compromis n'a pu être trouvé.**

Les remèdes proposés par l'étude de P. Cahuc et S. Carcillo ont par ailleurs de quoi interroger. L'étude préconise de renforcer la formation des magistrats à l'économie, ce qui n'est sûrement pas inutile ; mais pourquoi cette formation conduirait-elle nécessairement à une attitude plus favorable aux employeurs ? Les auteurs ne semblent pas envisager que la pluralité des doctrines économiques puisse conduire à des convictions variées sur l'utilité de la régulation publique des entreprises. Le présupposé est bien sûr que la seule théorie économique valable est celle qui préconise de faire confiance à la concurrence et à la liberté de gestion des entreprises. La mission ainsi confiée à la formation économique rappelle certaines prises de position de ces dernières années sur l'enseignement de l'économie au lycée : selon le Medef ou Y. Gattaz¹¹, le rôle de celui-ci devrait être de créer une « culture favorable à l'entreprise ». Il y a là une confusion entre formation économique et endoctrinement.

Derrière cette critique des juges, c'est implicitement un modèle de relations du travail sans juge qui est avancé. C'était déjà le sens du contrat de travail unique préconisé par Pierre Cahuc et Francis Kramarz¹² : dans ce contrat, le licenciement n'aurait pas été contestable devant le juge, sauf en cas de discrimination, la possibilité d'un recours juridictionnel étant remplacée par une taxe versée par l'employeur au service public de l'emploi. Une telle pratique n'existe dans aucun pays européen. Elle

¹¹ Y. Gattaz, « Réhabiliter l'entreprise au lycée », *Les Echos*, 5 mars 2008.

¹² P. Cahuc et F. Kramarz, *De la précarité à la mobilité, vers une sécurité sociale professionnelle*, février 2005

serait contraire aux engagements internationaux de la France, notamment la charte sociale européenne et la convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail sur le licenciement, qui exigent qu'un licenciement soit justifié par un motif valable et que le salarié puisse le contester devant un tiers impartial. Il peut être légitime de chercher à diminuer la conflictualité des relations du travail, en développant par exemple les modes alternatifs de règlement des litiges comme la conciliation et la médiation. Mais le fantasme de relations du travail sans juge est dangereux et doit être combattu. Nul ne s'étonne que les entreprises, dans leurs relations commerciales ou avec les consommateurs, aient affaire à des juges (dont, curieusement, la compétence économique n'est pas mise en cause, alors qu'il s'agit des mêmes magistrats que ceux que critique l'étude de P. Cahuc et S. Carcillo) : pourquoi le seul juge qui poserait problème serait-il celui que peut saisir le salarié ?