

L'accord sur la modernisation
du marché du travail

Un accord donnant, donnant, donnant, donnant...

par Emmanuel DOCKÈS

Professeur à l'université Lyon 2, directeur de l'Institut d'études du travail de Lyon, ERDS/Cercriid

Il semble devenu relativement banal de découvrir des conventions collectives destructrices de protections sociales sans contreparties sérieuses. Après les accords « donnant-donnant » sont apparus les accords « donnant, donnant, donnant, donnant... », conclus par des syndicats de salariés qui donnent, donnent, donnent, donnent,... sans rien recevoir en échange, sinon l'apaisement des peurs ou la non-réalisation de menaces. Dans l'entreprise, les exemples d'accords qui entrent dans cette catégorie sont déjà relativement nombreux (1). Dans certaines branches, l'inquiétude était présente. Mais au moins au niveau national et interprofessionnel, un certain équilibre semblait devoir prévaloir. L'accord national interprofessionnel (ANI) de « modernisation » du marché du travail, du 11 janvier 2008 (2), fragilise cet optimisme.

Cet accord a été signé par l'ensemble des organisations patronales et salariales représentatives au niveau national et interprofessionnel, à l'exception notable de la CGT. Il comprend pourtant un certain nombre de régressions qui devraient le faire entrer dans l'histoire comme l'un des plus importants reculs qu'ait eu à connaître le droit du travail français depuis 1945. Et les contreparties accordées en son sein par le patronat auraient sans aucun doute été qualifiées de dérisoires si un semblant d'équilibre était exigé pour la validité de tels accords.

Pareilles assertions apparaîtront bien excessives aux observateurs bercés par le parfum d'unanimité et de paix sociale retrouvée qui a enveloppé médiatiquement la conclusion de l'accord. Il est vrai que certaines des régressions parmi les plus inquiétantes sont subtiles, presque subliminales. Il faut les relire trois fois pour les croire. On s'imagine dans un de ces romans où le criminel tue en enfonçant en plein cœur une aiguille à cha-

peaux. Les plaies sont discrètes, mais certaines sont profondes.

La question de l'opportunité pour les salariés de cet accord n'en est pas moins difficile. Celui qui donne sa bourse sous la menace d'une arme fait un choix très judicieux. Avant de porter un jugement hâtif sur la signature de l'accord par les syndicats de salariés, il faudrait donc évaluer la crédibilité des menaces constamment agitées pendant la négociation. Il faudrait encore évaluer les forces de résistance à l'évolution législative programmée. L'accord du 11 janvier est-il un retrait stratégique opportun? Ou bien un acte défaitiste? À chacun de juger selon son appréciation du contexte.

Mais l'économie globale de l'accord est, elle, assez claire.

Une personne qui s'engage à verser 1000 euros peut s'estimer heureuse de ne pas avoir à payer le double, au vu d'un contexte, de la pression subie. Ainsi, l'absence d'une dette de 2000 euros peut être le motif d'une dette de 1000 euros. Mais, ce motif n'est pas la cause de l'obligation, ce n'est pas sa contrepartie. Seuls les gains des uns et des autres peuvent être comparés pour juger de l'équilibre d'un échange. La non-réalisation de menaces n'entre pas dans cette évaluation là.

Or l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 abandonne certains avantages sociaux jusqu'ici considérés comme essentiels. Et les contreparties de cet abandon paraissent comparativement anecdotiques.

Quelle que soit son opportunité, il s'agit bien d'un accord qui donne, donne, donne, donne... Ce qui se comprend mieux en détaillant quelque peu le contenu de l'accord. La liste des régressions qu'il contient pour-

(1) V. not. les exemples cités par M. GUÉDON, « L'accord collectif pour éviter l'intervention et le contrôle du juge », à paraître dans la revue *Droit ouvrier*, avril 2008.

(2) Le 11 janvier, date de la fin des négociations, est habituellement retenu pour désigner l'accord, et ce y compris par les

parties à l'accord et par le ministère du Travail. Cette appellation a donc été conservée ici. À proprement parler, toutefois, il s'agit d'un accord du 23 janvier 2008, cette date étant celle de la signature officielle de l'accord.

rait être assez longue. L'article 9 a) dissocie GPEC et plan de sauvegarde de l'emploi. En contradiction complète avec l'idée de sécurisation des parcours professionnels, l'article 16 fixe comme objectif de réduire la durée de l'indemnisation du chômage. L'article 11 fait peser quelques menaces potentielles sur la force obligatoire des contrats. Etc. C'est toutefois le droit du licenciement qui a été le plus rudement affecté, directement et indirectement (I). L'accès au juge prud'homal pourrait, en outre, être substantiellement amoindri par l'accord (II). Et les contreparties accordées sont bien maigres (III).

I. — CINQ ATTAQUES CONTRE LE DROIT DU LICENCIEMENT

Le droit du licenciement est un élément central du droit du travail. Il impose certaines procédures, certaines formes. Il exige de l'employeur qu'il justifie sa décision par un motif réel et sérieux.

À l'inverse de ce qui est souvent prétendu, l'existence de ce droit protecteur n'est pas une exception française. Ses grands principes sont intégrés dans le droit international à vocation mondiale, au travers de la convention n° 158 de l'OIT. Et la procédure de licenciement économique s'inspire largement de directives européennes (3).

De plus, contrairement à ce qui se dit habituellement, il n'est pas si difficile, en France de se séparer d'un salarié en contrat à durée indéterminée. En 2006, l'ANPE a recensé plus de 930000 licenciements. Et ce chiffre est encore en dessous de la réalité (4). À plus de 80 % ces licenciements ne sont pas contestés devant le juge prud'homal. Et en cas d'action en justice, seulement un peu plus d'une demande sur trois aboutit à une condamnation au fond (5). Ainsi, dans environ 95 % des cas, les licenciements n'entraînent aucune condamnation, même partielle, de l'employeur (6). Le licenciement est donc, en droit français, un acte qui est non seulement possible, mais très fréquent (plus de 2500 par jour...). Il est, de plus, assez rarement sanctionné.

Malgré ces chiffres, les auteurs de l'ANI du 11 janvier 2008 ont jugé nécessaire de simplifier grandement la rupture des contrats de travail. Le texte porte cinq

coups, pour certains assez rudes, au droit du licenciement français.

A — L'ABSENCE DE CAUSE RÉELLE ET SÉRIEUSE À MOINDRE COÛT

L'article 11 de l'ANI invite à fixer un plafond d'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse. L'employeur qui licencie en violation de loi ne serait plus tenu de réparer l'entier préjudice subi par le salarié. Et le coût maximum d'un licenciement illicite pourrait être précisément connu.

Or l'effectivité dépend de la dissuasion que permet la sanction. Actuellement calculée selon le préjudice subi, la sanction du licenciement sans cause réelle et sérieuse peut être importante. En pratique, les sommes accordées sont relativement modérées. Mais une indemnité très élevée reste *possible*. Et cette gravité du possible, est un indispensable outil dissuasif.

Si le coût maximum du licenciement illicite est connu, l'exigence d'une cause réelle et sérieuse n'est plus un obstacle pour les employeurs qui sont prêts à payer la somme prévue. Si, par exemple, le plafond est fixé à un an de salaire (7), le licenciement sans cause réelle et sérieuse pourra être pensé comme un investissement, qui s'amortit en un peu plus d'un an (8). Ce qui est un temps d'amortissement particulièrement rapide.

B — UNE MOTIVATION POUR LA FORME

L'accord attaque la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation (9), confirmée par l'assemblée plénière (10) sur la sanction de l'obligation de motiver la lettre de licenciement.

Sur ce point – comme sur beaucoup d'autres – le texte de l'ANI du 11 janvier est relativement ambigu. Aux termes de l'article 11 *in fine* de cet accord: « En l'état actuel de la jurisprudence, une insuffisance dans l'énonciation des motifs du licenciement est assimilée à une absence de cause réelle et sérieuse. Il convient donc que soient examinés les moyens conduisant le juge à rechercher, dans ce cas, la cause du licenciement et à statuer sur son caractère réel et sérieux ». La remise en cause de la jurisprudence n'est donc pas totale. Seule

(3) Dir. 75/129/CEE, du 17 février 1975 et dir. 92/56/CEE, du 24 juin 1992, consolidées au sein de la directive 98/59/CE, du 20 juillet 1998.

(4) Source: Annuaire statistique de la demande d'emploi, ANPE, demandes d'emploi enregistrées. Ce chiffre ne tient pas compte des personnes licenciées qui ne se sont pas inscrites à l'ANPE. Il est donc assez nettement sous-évalué.

(5) Ce chiffre est un simple ordre de grandeur, déduit des dernières études qualitatives réalisées sur le devenir des actions prud'homales: B. MUNOZ-PERREZ et E. SERVERIN, « Le droit du travail en perspective contentieuse, ministère de la Justice », DACF 2005.2, nov. 2005. Selon cette étude, en 2003, après travail sur un échantillon représentatif, 37,7 % des actions devant les conseils de prud'hommes aboutissent à une décision au fond acceptant, au moins partiellement la demande. Si l'on applique ce taux au nombre de contestations du licenciement en 2003 (139074), on obtient un total de 52430 licenciements ayant donné lieu à une décision prud'homale de condamnation, au moins

partielle, au fond. Comparativement aux 983408 licenciements comptabilisés sur les inscriptions à l'ANPE en 2003, cela donne un taux de condamnation de 5,3 %.

(6) V. note ci-dessus.

(7) Le *maximum* serait alors inférieur à la durée *moyenne* du chômage. Il s'agit pourtant d'une hypothèse qui n'est pas du tout exclue.

(8) Il faudra ajouter quelques mois d'indemnités légales, voire peut-être un petit quelque chose pour le service public de l'emploi.

(9) Soc. 29 nov. 1990, *Bull. civ. V*, n° 598, *Dr. soc.* 1991. 99, note J. SAVATIER; Soc. 20 janv. 1993, *Bull. civ. V*, n° 17, *RJS* 3/93, n° 259; Soc. 12 janv. 1994, *Bull. civ. V*, n° 2, etc.

(10) Ass. plén. 27 novembre 1998, *Lemarie*, *Bull. civ. Ass. plén.* n° 7; *Dr. soc.* 1999. 19, concl. L. JOINET, p. 13; J. PÉLIS-SIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail*, 3^{ème} éd., n° 97.

semble menacée la solution selon laquelle une « insuffisance » de motif dans la lettre de licenciement équivaut à une absence de cause réelle et sérieuse. L'exigence de motif précis (11) est atteinte. Peut-être même l'exigence d'un motif matériellement vérifiable (12). Seules semblent épargnées la sanction de l'absence de lettre et la sanction d'une absence totale de motivation.

Même ainsi comprise de manière relativement restrictive, la modification prônée par l'ANI du 11 janvier demeure très inquiétante. Elle signifie qu'un employeur pourrait se contenter de mentionner comme motif de licenciement une « faute », sans viser aucun grief précis.

Pour connaître la raison exacte de sa perte d'emploi, le salarié devra attendre la fin de la procédure prud'homale. Et l'employeur pourra rechercher paisiblement, après le licenciement, ce qu'il pouvait bien reprocher au salarié. Il sera possible de licencier d'abord et de réfléchir ensuite au motif de cette décision.

Ce recul de l'obligation de motiver est une grave régression. Il va totalement à contre-courant de l'évolution des autres matières juridiques (13).

C — UN ESSAI DURABLE

L'accord prévoit la fixation légale des durées maximales de l'essai (14) : deux mois pour les ouvriers et les employés, trois mois pour les agents de maîtrise et les techniciens et quatre mois pour les cadres. Voilà qui pourrait déjà apparaître très long. Deux mois pour savoir si une personne est ou non capable de faire correctement la plonge dans un restaurant... Un chef d'entreprise aussi lent dans sa capacité d'évaluation mériterait sans doute d'être licencié pour incompetence. S'il souhaite obtenir cependant un petit délai supplémentaire, certaines possibilités lui sont ouvertes par l'accord : si une convention collective de branche étendue le prévoit, les durées pourront être doublées (renouvellement inclus). Voilà qui pourrait autoriser le chef du restaurant précité à étudier paisiblement, pendant quatre mois, les capacités de son nettoyeur de casseroles... Et, pour un cadre, cela fait tout de même huit mois d'essai. Est-ce bien raisonnable ? (15).

De telles durées sont excessives si on les place en vis-à-vis de la finalité des clauses d'essai, à savoir de permettre une première évaluation *in situ* du salarié embauché. Elles peuvent en revanche apparaître plus logiques, si elles sont l'expression d'une volonté d'allonger la période de précarité des salariés et d'éviter aussi

longtemps que possible l'application du droit du licenciement.

D — TROIS ANNÉES SOUS CONTRAT À DURÉE DÉTERMINÉE

En lieu et place du « contrat de travail unique », il a été décidé de créer un contrat à durée déterminée supplémentaire, pour compléter un droit qui, avec ses dizaines de contrats spéciaux, en avait bien besoin. Ce contrat de projet, créé par l'article 12 b) de l'accord du 11 janvier 2008, est réservé aux ingénieurs et cadres. Et il suppose la conclusion préalable d'un accord de branche étendu ou d'une convention d'entreprise.

Ce nouveau contrat sort de la routinière création périodique de nouveaux contrats de travail : trois de ses caractères sont assez originaux.

1. Il permet la conclusion d'un contrat à durée déterminée dans une situation qui n'a rien d'exceptionnel. Pour un ingénieur, le fait de travailler sur un projet, sur une mission donnée, est tout à fait banal. C'est l'inverse, un ingénieur qui ne travaillerait pas sur un projet, qui semble plutôt rare.

2. Sa durée peut être, au maximum, de trois ans. Cela signifiera souvent trois années sans accès au crédit, ni accès au logement, trois années marquées du sceau de la précarité. De plus, cette durée fait peu de cas des attentes légitimes du salarié. Au bout de trois ans, il aura nécessairement la sensation d'appartenir au personnel permanent de l'entreprise. Dans les entreprises d'une certaine taille, qui mènent de nombreux projets, après plusieurs années de bons et loyaux services, il ne pourra qu'attendre une proposition de reclassement sur une autre mission.

Selon le droit actuel, l'embauche pour un projet d'une durée supérieure à 18 mois se fait par contrat à durée indéterminée. À l'achèvement du projet, si aucun travail ne demeure pour la personne, le licenciement pour motif économique est possible. Mais le salarié bénéficiera alors d'un certain nombre de protections, parmi lesquelles l'obligation pour l'employeur de rechercher un reclassement par tous moyens et le respect d'une procédure. Ces garanties tirées du droit du licenciement ont semblé excessives aux auteurs de l'accord. Désormais, le salarié pourra tout de même bénéficier d'une clause contractuelle qui devra préciser « les conditions dans lesquelles le salarié bénéficie d'une priorité d'accès à un emploi en CDI dans l'entreprise, à la suite de la réalisation du projet pour lequel le contrat

(11) Sur cette exigence, v. not. pour l'imprécision du motif, Soc. 20 oct. 1994, *Dr. soc.* 1995. 60; Soc. 25 juin 1997, *Bull. V*, n° 36; Soc. 5 juin 2001, *SSL* 1^{er} sept. 2001, p. 22; Soc. 20 févr. 2002, *Bull. V*, n° 72; 17 janvier 2006, *Bull. V*, n° 16. Cette exigence de précision a été assouplie par la jurisprudence pour les seuls licenciements pour insuffisance professionnelle non fautive. La Cour de cassation considère comme suffisants les motifs d'« insuffisance professionnelle » ou de « manque de compétence » visés par la lettre, ces motifs étant jugés vérifiables et suffisamment précis : cf. Soc. 23 mai 2000, *Bull. V*, n° 150; Soc. 16 juin 2004, inédit, pourvoi n° 03-41461; Soc. 3 octobre 2007, inédit, pourvoi n° 06-42646.

(12) Sur l'exigence d'un motif vérifiable, v. not. Soc. 14 mai 1996, *Bull. civ. V*, n° 189; Soc. 5 juillet 2000, *RJS* 9-10/00, n° 929;

Soc. 10 mai 2001, *Bull. V*, n° 161, Soc. 7 mai 2003, *Bull. civ. V*, n° 153.

(13) V. not. Muriel FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, Études offertes à Jacques Ghestin, Paris, LGDJ, 2001, pp. 301-330.

(14) Art. 4 de l'ANI du 11 janvier 2008.

(15) On sait que, selon l'OIT, la privation pendant deux ans du droit du licenciement est une atteinte déraisonnable à la convention n° 158. (Ass. plén. du CA de l'OIT du 16 novembre 2007, approuvant le rapport complémentaire du comité chargé d'examiner la réclamation relative à cette question : GB.300/20/6).

a été conclu » (16). Mais cette priorité d'emploi pourrait être assez éloignée du niveau d'exigence des obligations de reclassement qui précèdent le licenciement économique.

3. La troisième originalité marquante de ce nouveau contrat à durée déterminée est l'absence de garantie d'emploi. Les contrats à durée déterminée du Code du travail sont précaires, parce que rompus à l'échéance de leur terme. Mais avant cette échéance, ils sont plus solides qu'un contrat à durée indéterminée. Ils ne peuvent être rompus unilatéralement qu'en cas de faute grave ou force majeure (17). Le contrat de projet prévu par l'ANI du 11 janvier a sans doute trouvé qu'il s'agissait là d'une protection bien excessive et qu'un salarié précaire doit être pleinement précaire. Le contrat pourra donc être rompu, pour un motif réel et sérieux, tous les ans, à la date anniversaire du contrat. Il n'est même pas certain que le droit du licenciement soit pleinement applicable à cette rupture avant terme.

Cette solution est d'autant plus impressionnante, qu'elle va au-delà des propositions des rapports Boissonnat de 1995 (18) et de Virville en 2004 (19). Ces rapports avaient déjà proposé d'intégrer des contrats de projet à durée déterminée sur plusieurs années en droit français. Mais ils n'avaient pas osé aller jusqu'à ôter à ces contrats leur stabilité avant terme. Ce qui n'avait pas empêché, à l'époque, de très vives critiques, notamment syndicales. L'abandon de ces propositions s'en était suivi. Ainsi, en moins de quatre ans, les syndicats sont passés d'un refus très net, à l'acceptation d'une solution bien pire. Les temps changent avec une rapidité parfois déconcertante.

E — LA RUPTURE CONVENTIONNELLE

Le schéma mis en place par l'article 12 a) de l'accord est simple. À la suite d'une discussion organisée un peu à la manière de l'entretien préalable de licenciement, le salarié et l'employeur peuvent conclure une rupture conventionnelle. Le salarié a alors 15 jours pour se rétracter. À l'issue de ce délai, l'acte de rupture est envoyé au directeur départemental du travail, lequel a 15 jours calendaires pour l'homologuer. Une fois ce délai écoulé, en cas de silence du directeur départemental, l'acte est tacitement homologué. Le salarié a droit à une indemnité de licenciement et à l'indemnisation du chômage.

Placer ce texte nouveau comme une atteinte portée au droit du licenciement ne tombe pas sous le sens. La rupture d'un commun accord existe déjà dans notre droit actuel. Simplement elle ne donne droit ni à une indemnité de licenciement, ni à l'indemnisation du chômage. Ces seuls points semblent apporter des améliorations substantielles pour les salariés, du moins pour ceux qui souhaitent quitter leur emploi (1.). Et une lecture superficielle du texte pourrait même laisser penser que la rupture conventionnelle est un véritable progrès.

D'autant qu'un certain nombre d'inquiétudes légitimes devraient pouvoir être rapidement levées (2.). Pourtant, à la réflexion, cette évolution juridique est peut-être la plus dangereuse de toutes. Rendue attractive par l'indemnisation du chômage, la rupture conventionnelle pourrait marginaliser la pratique du licenciement à l'ancienne. L'exigence d'une cause réelle et sérieuse deviendrait alors, en pratique, une sorte d'exception, un cas marginal légèrement désuet (3.).

1. Un cadre légal avantageux pour les démissions déguisées

Comparativement aux conditions de la rupture amiable actuelle, la rupture conventionnelle prévue par l'accord du 11 janvier est nettement plus attractive pour le salarié. Le salarié a droit à une indemnité équivalente à l'indemnité légale de licenciement, à un délai de rétractation de quinze jours et surtout à l'indemnisation du chômage.

Les principaux bénéficiaires de ces avantages nouveaux sont les salariés qui souhaitent quitter leur emploi, mais désirent bénéficier de l'indemnisation du chômage. Actuellement ces salariés n'ont d'autres solutions que d'obtenir de leur employeur le déguisement de leur démission en licenciement. Cette fraude est généralement complétée par une petite transaction, souvent antidatée, qui rassure l'employeur sans pour autant le protéger pleinement (20). L'opération semble relativement banale si l'on en croit de nombreux témoignages, même si sa fréquence ne doit pas être exagérée. L'argumentaire ayant accompagné l'accord fait souvent référence à la nécessité de légaliser cette pratique.

On a assez peu noté à quel point cette légalisation est en contradiction avec le discours dominant sur l'assurance chômage. Il est habituellement fait référence à la nécessaire chasse aux chômeurs fainéants, qui ne veulent pas travailler, à ces profiteurs du système, à la nécessité d'un contrôle plus strict... L'ANI du 11 janvier va dans le sens strictement inverse. Il met en place un cadre facilitant grandement la situation des salariés qui souhaitent bénéficier quelques temps de leur assurance chômage, pour prendre un peu de repos, alors qu'ils auraient fort bien pu conserver leur emploi. Avant, il leur fallait menacer leur employeur de nuisances diverses, le convaincre d'entrer dans une fraude, lui faire courir le risque d'une transaction nulle faute de concessions réciproques. Désormais, il suffira de les convaincre de conclure une rupture conventionnelle. Le départ volontaire au chômage sera ainsi rendu beaucoup plus facile. La société du loisir et le droit à la paresse seraient-ils de retour ?

Il ne faut bien entendu pas exagérer cet impact possible de l'accord. Les salariés qui souhaitent quitter leur emploi le font généralement soit parce qu'ils sont poussés dehors par l'employeur soit parce qu'ils ont trouvé un nouvel emploi. Dans le premier cas, l'indemnisation

(16) Art. 12 b) préc. de l'accord du 11 janvier 2008

(17) Art. L. 122-3-8 du Code du travail (L. 1243-1 recod.)

(18) *Le travail dans vingt ans*, rapport de la commission Boissonnat, Odile Jacob, 1995.

(19) *Pour un code du travail, plus efficace*, rapport de M. de Virville (dir.) prop. n° 19, p. 36, disponible sur <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports>

(20) La transaction conclue à la suite d'une démission déguisée en licenciement est souvent nulle, faute de concessions réciproques.

du chômage était déjà due. Dans le second, elle est inutile. Les seuls véritables bénéficiaires de l'accord sont les salariés qui quittent volontairement leur emploi, sans avoir subi de pression, ni sans aucune perspective de nouvelle embauche. Ces salariés sont *a priori* relativement rares en période de fort chômage. Finalement l'accord devrait donc surtout bénéficier aux salariés qui démissionnent sous la pression de leur employeur, mais qui, faute d'être capables de prouver cette pression, étaient injustement dépourvus de toute indemnisation du chômage. L'accord apparaît, sous cet angle, comme un progrès social légitime.

Mais il faut bien comprendre, que cet avantage pour les uns recèle un grave danger pour tous les autres.

2. Un puissant moyen d'écarter le droit du licenciement

Pour l'employeur qui souhaite se séparer d'un salarié, la rupture conventionnelle présente une utilité indéniable: elle n'est pas soumise à l'exigence de cause réelle et sérieuse. En d'autres termes, pour rompre sans cause réelle et sérieuse, il suffit d'obtenir le consentement à la rupture du salarié.

Comparativement à la situation actuelle, le changement est considérable. Aujourd'hui, il est déjà possible de pousser le salarié à la démission ou de le faire consentir à une rupture « amiable ». Simplement, dans ces deux cas, en principe, le salarié est privé d'indemnisation du chômage. La peur d'une perte immédiate de tout revenu peut alors contrebalancer les éventuelles pressions de l'employeur. Avec l'ANI du 11 janvier 2008, le salarié qui consent bénéficie d'une indemnité de licenciement et de l'indemnisation du chômage. Dans ces conditions, il consentira beaucoup plus facilement, donc beaucoup plus souvent. Il suffira à l'employeur de menacer le salarié de ne rien payer dans l'immédiat, de lui rappeler le coût et la lenteur des procès, de le menacer du licenciement pour faute grave ou encore, plus simplement, d'abuser de l'habitude d'obéissance dans laquelle sont certains salariés.

Dans tous ces cas, le salarié signera. Le délai de rétractation de quinze jours prévu par l'accord n'est qu'une garantie de papier, la pression de l'employeur étant généralement bien suffisante pour s'exprimer avec une certaine durée. L'homologation par le directeur départemental du travail, généralement tacite, ne le protégera pas plus. Aucun contrôle de la cause réelle et sérieuse de licenciement n'aura plus lieu.

Face à ce risque, les juges ne devraient pas être totalement démunis. Mais ils seront grandement affaiblis.

3. Les possibles voies de résistance juridique

Les ruptures conventionnelles ne seront pas totalement inattaquables. La procédure pour motif économique leur reste applicable (a), la compétence du juge judiciaire semble devoir être préservée (b) et un certain contrôle devrait rester possible (c). Ces différentes solutions ne suffiront pas, toutefois, à protéger les salariés victimes d'un licenciement déguisé en rupture conventionnelle. Elles sont de plus à prendre avec beaucoup de prudence, dans l'attente des termes choisis par le législateur pour transposer l'accord.

a) Application de la procédure de licenciement pour motif économique

Si on lit bien le texte, la rupture conventionnelle ne doit pas « porter atteinte aux procédures de licenciement collectif pour cause économique engagées dans l'entreprise » (21), ce qui laisse à penser que les projets de rupture conventionnelle pour motif économique doivent suivre les procédures de licenciement économique, comme c'est le cas actuellement (22).

b) Le juge compétent

L'impact de l'homologation par le directeur départemental du travail pourrait inquiéter. Cette homologation est érigée en point de départ de la force obligatoire de l'accord (cf. art. 12 a), *in fine*). Le débat sur sa portée est lancé (23). Toutefois cette homologation semble devoir être de peu d'effets.

Il n'est nullement prévu que le directeur doive mener une enquête, convoquer les parties, les informer de leurs droits... (24). L'homologation semble donc être une simple constatation formelle de l'existence l'acte. Elle lui donne date certaine. Mais aucun véritable contrôle n'est prévu. Le directeur départemental doit simplement constater le respect formel des délais et la mention de l'indemnité de licenciement. Cette constatation-homologation (25) ne donne pas à l'accord une force obligatoire particulière. Il n'est en particulier nullement doté d'une quelconque autorité de la chose jugée (26).

Dans un tel contexte, l'acte du directeur départemental du travail n'a rien d'une autorisation préalable. Il semble plus proche d'un dépôt ou d'un enregistrement. Il apparaît dès lors très peu probable que cette consta-

(21) Art. 12 a) ANI du 11 janvier 2008.

(22) L'article L. 321-1 alinéa 2 C. trav. qui prévoit cette application avait été malencontreusement « oublié » dans l'ordonnance de recodification du 12 mars 2007. Il a été finalement réintégré lors de la ratification de l'ordonnance par la loi du 21 janvier 2008 (art. 3, 17° de la loi, art. 1233-3 al. 2 nouveau). Pour des ruptures d'un commun accord intégrées au sein de procédures de licenciement collectif, v. Soc. 2 décembre 2003, *Bull. civ. V*, n° 309; Soc. 7 décembre 2004, *RJS* 2005, n° 134.

(23) Sur laquelle, v. X. PRÉTOT, ce numéro.

(24) De plus, selon le texte, il s'agirait d'un pouvoir propre du directeur départemental du travail, ce qui pourrait faire douter de la possibilité de déléguer cette attribution aux inspec-

teurs du travail. Cette lecture rendrait toute évaluation du contenu et du consentement impossible en pratique.

(25) Le texte dit que les conditions de conclusion d'une rupture conventionnelle sont « constatées et homologuées » par le directeur départemental du travail (art. 12 a, *in fine*).

(26) L'usage du terme « homologation » semble inspiré de l'« homologation » par le juge des conventions signées à l'occasion du divorce par consentement mutuel. Mais l'analogie s'arrête là. Cette homologation liée à la procédure de divorce est un acte du juge qui donne force exécutoire à la convention (art. 279 al. 1 du Code civil). Rien de tel n'est prévu pour l'homologation par le directeur départemental du travail.

tation-homologation soit considérée comme faisant grief. On rappellera, en ce sens, qu'ont été jugés comme ne faisant pas grief l'avis d'irrégularité et le constat de carence de plan social, rendus à l'occasion d'un licenciement économique (27). La constatation-homologation de la rupture conventionnelle devrait recevoir la même qualification. Par conséquent, elle ne devrait pas pouvoir être contestée devant le juge administratif et le juge judiciaire restera seul compétent pour apprécier cette validité.

c) Le contrôle du juge

Indépendamment même de l'application du droit international, la rupture conventionnelle sera soumise à certains contrôles.

L'article L 122-45 du Code du travail (L. 1132-1 recod.) prohibe toute « mesure » discriminatoire. Et la proposition d'une rupture conventionnelle par l'employeur est certainement l'une de ces « mesures » possibles. Une rupture conventionnelle discriminatoire pourra ainsi être annulée. La même sanction pourra encore s'appliquer en cas de vice du consentement et en particulier de violence, y compris bien entendu de violence morale (28).

En outre, lorsque le consentement du salarié a été causé par des fautes commises antérieurement par l'employeur, la rupture doit pouvoir être entièrement imputée à l'employeur. La rupture conventionnelle pourrait alors produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Cette solution semble s'imposer en cohérence avec la solution retenue en cas de prise d'acte de la rupture par le salarié. La prise d'acte produit les conséquences d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si le salarié peut montrer que sa décision de rompre a été causée par les fautes commises par l'employeur (29). *A fortiori*, cette solution devrait s'imposer si de telles fautes ont causé le consentement du salarié à une rupture conventionnelle. Ce deuxième cas ne se distingue du premier que par la volonté de rompre simultanément exprimée par l'employeur fautif. Cette volonté de rompre semble plutôt aggraver la situation juridique de l'employeur. Elle ne saurait, en toute hypothèse, lui servir de protection contre l'application du droit du licenciement.

CONCLUSION SUR LE DROIT DU LICENCIEMENT

Il ne peut plus être question d'abroger purement et simplement l'exigence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement, au moins depuis que la convention n° 158

de l'OIT, qui impose que tout licenciement soit pourvu d'un motif « valable » (30), a été déclarée d'application directe (31). L'attaque frontale a échoué. Ce sont donc les flancs qui ont été, cette fois, visés. Au final, si l'on suit la lettre de l'ANI du 11 janvier 2008, le résultat est impressionnant.

Le domaine de l'exigence d'une cause réelle et sérieuse est réduit: l'accord accroît l'ancienneté nécessaire pour en bénéficier (jusqu'à huit mois au maximum pour les cadres) et il autorise un nouveau cas de recours au contrat à durée déterminée. L'accord autorise les motivations vagues ou imprécises dans la lettre de licenciement. Ce qui permettra aux employeurs de trouver leur motif exact plus tard, en cas de procès, en cherchant bien. Les plus maladroits et ceux qui sont totalement dépourvus de motif réel et sérieux peuvent en toute hypothèse être rassurés, la sanction de l'absence de cause réelle et sérieuse sera plafonnée. Et les parties à l'accord ont fait confiance au législateur actuel pour fixer le niveau de ce plafond... Enfin, pour les employeurs nécessiteux ou regardant à la dépense, la plupart des licenciements sans cause réelle et sérieuse pourront être déguisés en rupture conventionnelle.

L'exigence d'une cause réelle et sérieuse a été passée à la moulinette. Elle demeure, mais elle est en miettes.

La radicalité de cet effet destructeur peut au demeurant faire douter de la validité de certaines dispositions de l'accord, aux yeux du droit international ou du droit constitutionnel. Sans entrer dans le détail des contestations à venir, deux points méritent d'être mentionnés.

La convention n°158 de l'OIT, qui fixe les grands principes juridiques applicables en cas de licenciement, définit ainsi son champ d'application (art. 3) : « Aux fins de la présente convention, le terme licenciement signifie la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur. ». La rupture conventionnelle du contrat de travail, lorsqu'elle est conclue à l'initiative de l'employeur, semble ainsi soumise aux exigences de la convention internationale susvisée.

Le droit constitutionnel tire du principe d'égalité devant les charges publiques une exigence de réparation intégrale du préjudice subi (32). Et il n'est pas certain que le plafonnement de l'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse soit compatible avec cette exigence.

L'ANI du 11 janvier 2008 est ainsi discutable y compris du point de vue du droit international et du droit constitutionnel. Ce qui est symptomatique de l'ampleur des régressions qu'il préconise.

(27) Au sujet de l'avis de l'art. L. 321-7 al. 7 C. trav.: CE 26 mars 1997, *Dr. soc.* 1997, 462, concl. F. LAMY; *RJS* 5/97, n° 532; et, pour le constat de carence de l'article L 321-7 al. 3 C. trav.: Soc. 16 avril 1996, *Bull. V*, n° 164.

(28) Cf. Soc. 30 novembre 2004, *Bull. V*, n° 303 (harcèlement subi); Soc. 20 mai 1998, pourvoi n° 96-41314 (forte pression psychologique et la crainte de représailles). V. encore, not. Soc. 28 octobre 1997 pourvoi n° 94-44916; Soc. 22 octobre 1987, *Bull. V*, n° 593.

(29) Soc. 25 juin 2003, *SARL Technoram*, *Bull. civ. V*, n° 209; Grands arrêts, n° 83; D. 2003. Jur. 2396, note J. PÉLISSIER; *Dr. soc.* 2003. 817 note G. COUTURIER et J.-E. RAY; *RJS* 2003, n° 994, note J.-Y. FROUIN, p. 647; Soc. 19 octobre 2004, *Bull. civ. V*, n° 263; Soc. 19 janvier 2005, deux arrêts,

Bull. civ. V, n° 11 et 12; *Dr. soc.* 2005. 474, note F. FAVEN-NEC-HÉRY.

(30) L'art. 4 de la convention parle de motif valable « lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur » ou « fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service ». Ce qui n'est pas sans rappeler les motifs personnels et économiques du droit français.

(31) Soc. 29 mars 2006, *Bull. V*, n° 131, *Dr. soc.* 2006, p. 641, avis J. DUPLAT; *RDT* 2006, 276, obs. P. LOKIEC.

(32) V. not. C. constit. 29 juillet 1998, n°98-403 DC, pt. 33. *Adde*, la reconnaissance récente de ce principe par la Chambre sociale de la Cour de cassation : Cass. soc. 23 janvier 2008, pourvoi n°06-42919.

II. — DEUX ATTAQUES CONTRE LE JUGE

Le nombre de recours aux prud'hommes est en chute constante depuis 2002 (33), alors que la population active augmente et que les recours au juge sont, pour l'ensemble des juridictions, en hausse constante sur la période. Le juge prud'homal s'éloigne du justiciable.

Cette évolution pourrait être une source d'inquiétude. Au contraire ! La difficulté croissante de l'accès à la justice est plutôt perçue comme une excellente nouvelle. Les réformes en cours se succèdent pour l'aggraver. De nouveaux obstacles sont mis au fonctionnement de la justice prud'homale à un rythme rapide : réduction des délais de prescription, réduction du temps de rédaction accordé aux conseillers prud'homaux, suppression de près du quart des conseils de prud'hommes... L'accord accompagne le mouvement. Il s'agit de remettre en boîte les « petits pois » (34).

A — LA PROCÉDURE PRUD'HOMALE SUR LA SELLETTE

L'article 11 de l'ANI du 11 janvier 2008 prévoit diverses mesures de réorganisation de la procédure prud'homale. Le texte est très flou, très imprécis. Il est susceptible de lectures presque opposées. Selon certaines interprétations possibles, l'essentiel sera préservé. Selon d'autres, l'accès au juge pourrait devenir vraiment beaucoup plus difficile. Le danger d'une interprétation faite pour multiplier les obstacles à l'action en justice est présent.

L'article 11 prévoit une formalité de procédure supplémentaire. Le demandeur devra désormais adresser au défendeur l'objet de sa réclamation, préalablement à la saisine du conseil de prud'hommes. Cette formalité peut s'interpréter comme le simple redoublement d'une information qui, en toute hypothèse, doit avoir lieu lors de la notification de la saisine. Il pourrait ne s'agir que d'une lourdeur formelle de plus, largement inutile, mais de peu d'effet.

À l'extrême inverse, il pourrait s'agir d'une condition de recevabilité des demandes ultérieures, d'une fixation définitive du champ du litige. Dans ce deuxième cas, l'obstacle serait rude. Il priverait de leurs droits tous les salariés maladroits dans la rédaction de cette première lettre. Un tel effet semble cependant dépasser de loin la volonté des parties à l'accord. Sa validité en regard du droit à un procès équitable, au sens de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, serait en outre très discutable. Il serait de plus assez paradoxal que l'accord exige la mention précise de l'objet de la demande faite *par le salarié*, alors qu'il autorise simultanément la mention imprécise du motif du licenciement *par l'employeur*. Obligation de précision pour la partie faible au contrat et droit à l'im-

précision pour la partie forte : une pareille idée de la justice aurait quelque chose d'ésotérique.

L'article 11 de l'ANI vise encore la nécessité de restituer à la conciliation « son caractère d'origine de règlement amiable, global et préalable à l'ouverture de la phase contentieuse proprement dite ». Cette mention pourrait, encore une fois, être de peu d'influence et n'être transposée qu'avec l'adoption de quelques mesures incitatives, faites aux conseillers prud'homaux, afin qu'ils approfondissent cette étape de l'instance prud'homale. Ce pourrait être l'occasion de mettre en place quelques pressions supplémentaires sur le salarié pour qu'il accepte de couper la poire en deux, même lorsqu'il s'agit de sa poire.

En revanche, on peut douter de la volonté des parties à l'accord de favoriser une véritable négociation devant le bureau de conciliation. Une telle négociation suppose la présence personnelle du chef d'entreprise ou du moins celle d'une personne détentrice du pouvoir de décision dans l'entreprise. Or il n'a pas été jugé utile d'ordonner cette comparution personnelle : la présence d'un avocat est considérée par l'accord comme suffisante.

La transposition de l'ANI du 11 janvier pourrait même servir de prétexte pour réduire les pouvoirs de décision du bureau de conciliation. Cette audience initiale permet actuellement la mise en état, l'administration de la preuve, le versement de provisions, etc. Porter atteintes à ces fonctions rendrait le procès prud'homal encore plus difficile pour le salarié.

Ces lectures inquiétantes de l'accord du 11 janvier 2008 ne s'imposent pas. Si l'on adopte une interprétation optimiste de ce texte, l'accès au juge prud'homal pourrait ne pas trop en souffrir. Les ambiguïtés présentes doivent cependant inciter à la plus grande vigilance. D'autant que la volonté de réduire les pouvoirs d'appréciation des juges et de protéger l'employeur contre les actions en justice est patente en d'autres passages de l'accord.

B — VERS UNE PRESCRIPTION DE SIX MOIS

L'article 11 de l'accord, décidément fort riche, prévoit de rendre au reçu pour solde de tout compte son effet libératoire, pour les sommes qui y sont mentionnées (35), à moins que le salarié ne l'ait dénoncé, dans un délai de six mois.

Cet effet libératoire retrouvé permettra aux employeurs habiles ou bien conseillés, de voir s'éteindre leurs dettes vis-à-vis du salarié, six mois après la rupture du contrat de travail (36). Les salariés devront veiller à consommer leurs droits avant leur date de préemption.

(33) Nombre d'affaires portées devant les conseils de prud'hommes : 225 987 en 2002 ; 213 907 en 2003 ; 207 804 en 2004 ; 202 065 en 2005 ; 198 694 en 2006 (sources : statistiques du ministère de la Justice).

(34) Selon le mot désormais fameux, utilisée lors de l'émission « Vivement dimanche » du 7 octobre 2007 par N. SARKOZY pour désigner les juges, lesquels étaient coupables, selon lui, d'avoir à l'instar de ce légume, « même couleur, même gabarit, même absence de saveur ».

(35) Cet effet libératoire avait été supprimé par la loi du 17 janvier 2002.

(36) Ce délai de six mois appartient à une histoire déjà assez ancienne, en droit du travail : avant la loi du 16 juillet 1971 qui institua la prescription quinquennale des salaires, le délai de prescription des créances salariales était de six mois, sauf aveu de non-paiement par l'employeur (art. 2271 ancien du Code civil). Dans ce dernier cas, la prescription était trentenaire.

III. — DES CONTREPARTIES DÉRISOIRES

Les contreparties prévues par l'accord aux régressions sociales susvisées sont soit illusoire, soit minimales.

L'accord crée une prime pour les jeunes de moins de 25 ans involontairement privés d'emploi et qui n'ont pas une durée de travail suffisante pour bénéficier de l'indemnisation du chômage (art. 3). Mais le montant de la prime n'est pas fixé et il est déjà prévu qu'elle devra être remboursée par le jeune chômeur sur ses futurs droits à chômage.

Le droit individuel à la formation (DIF) pourra être un peu mieux conservé par le salarié licencié et il pourra conserver un peu plus longtemps le bénéfice de ses couvertures complémentaires santé et prévoyance (art. 14), s'il en a. Quelques améliorations du service public de l'emploi sont prévues, dont la portée reste à démontrer...

Ces différents petits pas ne sont pas tous négligeables, même si l'on est très loin de créer la sécurité sociale professionnelle ou les droits de tirage sociaux que certains auteurs appelaient de leurs vœux. D'autant que l'accord parle simultanément de réduire la durée de l'indemnisation du chômage (art. 16).

En toute hypothèse, ces différentes mesures devront être financées. Il ne s'agit pas d'avantages octroyés par les employeurs à leurs salariés. Ce sont des gains que les salariés devront payer eux-mêmes, soit par la hausse des prélèvements obligatoires (37), soit par la perte d'autres prestations.

Les employeurs n'ont finalement guère contracté d'obligations véritablement nouvelles.

Le revenu de substitution versé par l'employeur en cas de maladie, prévu par l'accord sur la mensualisation de 1977, est légèrement amélioré (art. 5) : les délais de carence seront réduits à sept jours au lieu de onze et l'ancienneté exigée sera de un an au lieu de trois ans.

C'est un progrès. Mais il est vrai qu'il ne touche qu'une petite partie des salariés, des systèmes plus avantageux étant prévus dans de nombreuses branches.

Une autre contrepartie consentie par les employeurs est l'accroissement de l'indemnité légale de licenciement (art. 11). L'indemnité actuelle prévue par l'article L. 122-9 du Code du travail (L. 1234-9 recod.). Elle est réservée aux salariés comptant plus de deux ans d'ancienneté ininterrompue. L'indemnité nouvelle a un champ d'application élargi à ceux qui n'ont qu'un an d'ancienneté. Ce qui est peu coûteux, une faible ancienneté conduisant à une indemnité très faible.

L'indemnité légale de licenciement actuelle, fixée par l'article R. 122-2 du Code du travail, est en principe d'un dixième de mois de salaire par année d'ancienneté, plus un quinzième de mois par année d'ancienneté au-delà de dix ans. Le montant de l'indemnité nouvelle est de 1/5^{ème} de mois de salaire par année d'ancienneté. Ce qui fait un mois de salaire supplémentaire pour un salarié ayant dix ans d'ancienneté.

Très souvent, cet accroissement ne changera rien, les conventions de branche prévoyant des indemnités de

licenciement plus favorables. De plus et surtout, les salariés licenciés pour motif économique ne gagnent rien. Et même, ils perdent un peu. En cas de licenciement pour motif économique, l'article R. 122-2 du Code du travail prévoit en effet déjà une indemnité est de 1/5^{ème} de mois de salaire par année d'ancienneté. Il prévoit encore un supplément de deux quinzièmes de mois par année d'ancienneté au-delà de dix ans. Ces deux quinzièmes semblent perdus, si l'on en croit la lettre de l'accord. Un salarié qui aurait 25 ans d'ancienneté perdrait ainsi deux mois de salaire d'indemnité, avec l'application du nouvel accord.

Au total, l'indemnité légale de licenciement sera augmentée, pour les seuls salariés licenciés pour motif personnel, sauf dans le cas assez fréquent de convention collective plus favorable. Et, même ainsi augmenté, le montant de l'indemnité légale restera très raisonnable : deux mois de salaire par décennie de travail au service de l'entreprise.

*

* *

De très importantes protestations ont eu lieu au printemps 2006 contre le contrat première embauche. Leur principal motif était l'ouverture à l'employeur d'une faculté de rompre unilatéralement les contrats de travail, même sans cause réelle et sérieuse. Ce droit était limité aux jeunes de moins de vingt-six ans, dans les deux premières années du contrat. L'ANI du 11 janvier 2008 va bien plus loin. Il fait perdre à l'exigence d'une cause réelle et sérieuse l'essentiel de ses vertus protectrices. Et cette fois tous les salariés seront les victimes, sans condition d'âge ni d'ancienneté. L'accord du 11 janvier 2008 est, sous cet angle, bien plus rude que ne l'aurait été le CPE, même additionné de CNE. Plus rude même, peut-être, que ne l'aurait été la généralisation de ces contrats en « contrat de travail unique ». Et le tout est accompagné de menaces relativement sérieuses quant à l'accès au juge prud'homal.

Ce bel ensemble a été acquis au prix d'un mois de salaire par décennie de travail et d'une petite amélioration du salaire versé en cas de maladie. Et encore, ces avantages étaient déjà dus, très souvent, dans le cadre du droit antérieur légal ou conventionnel.

L'accord a été accepté par quatre des cinq organisations syndicales de salariés représentatives au niveau national et interprofessionnel. Ces signatures s'expliquent en partie par la force de conviction de discours économiques simplistes et par l'effet hypnotique d'une terminologie trompeuse et sans cesse répétée (38). Elles s'expliquent surtout par la crainte d'évolutions plus abruptes encore.

En revanche, les interpréter comme le signe d'un véritable consensus au sein de la société française serait bien hasardeux. L'opinion publique pourrait être moins conciliante que ne le furent les syndicats. Et la transposition législative de ce texte aux mille imprécisions pourrait être plus difficile qu'on ne le dit ■

(37) Qu'il s'agisse de charges salariales ou patronales, à terme il s'agira toujours de réductions du salaire net et donc d'un coût supporté par les salariés.

(38) Cf. E. DOCKÈS, « Perte du sens et effritement du droit du travail », *Projet ja.* 2008, pp. 21-28.