Licenciement

Le licenciement est l'acte de volonté par lequel l'employeur rompt un contrat de travail à durée indéterminée ; en ce qu'il met en œuvre le droit de résiliation unilatérale reconnu à chaque partie de ce type de contrat, il est l'envers de la démission qui constitue son équivalent fonctionnel du côté du salarié. Le licenciement, ou plutôt son régime – soit l'ensemble des règles qui en encadrent le prononcé – est intimement lié au droit du travail. La naissance du licenciement a participé à l'autonomie de cette branche du droit. Penser la rupture du contrat de travail du point de vue de l'employeur supposait à la fois de s'affranchir des représentations du droit civil, en particulier du mythe de la liberté et de l'égalité des parties, et de concevoir des règles adaptées à l'adoption d'un acte unilatéral. Une phrase célèbre présente le licenciement comme « la pointe de la toupie joufflue » que serait le droit du travail. Sans doute parce que nombre de ses règles concerneraient la rupture, et que la plupart des difficultés surgiraient à ce moment. On pourrait ajouter que le droit du licenciement est aussi l'âme des relations individuelles de travail. Pour la simple raison que c'est dans ce corps de règles que le droit du travail a longtemps trouvé un modèle tant pour expliquer que pour encadrer le pouvoir que l'employeur exerce plus largement sur tout salarié. Aussi n'est-il pas étonnant que les réformes qui agitent, depuis plus de 15 ans, le droit de la rupture aient également changé la face du droit du travail. Retraçons ces deux étapes : l'ascension puis le déclin.

Grandeur du licenciement

Dans le Code civil de 1804, le contrat de louage de service ne fait l'objet que de quelques dispositions particulières. L'une d'entre elles anticipe de plus de deux siècles ce qui sera la norme pour les contrats à durée indéterminée : « le louage de service, fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes » (art. 1780 C. civ.). De là s'inférera pour longtemps une certaine conception de la rupture du contrat de louage de service, reposant pour l'essentiel sur les principes de liberté et de réciprocité : « la liberté individuelle du salarié impliquait qu'il puisse mettre fin au contrat d'où résulterait, sans cela, un assujettissement perpétuel ; la liberté d'entreprendre de l'employeur impliquait le libre choix de ses collaborateurs et la faculté de se séparer de ceux qui se révélaient inexperts ou inutiles. La liberté de l'un répondant à celle de l'autre, le droit de résiliation était considéré comme juste parce que réciproque » (G. Couturier, Droit du travail, vol. 1, 1996, PUF, p. 178). Cette conception explique le régime alors applicable. Puisque chaque partie peut mettre fin librement au contrat de louage de service conclu à durée indéterminée, la Cour de cassation se refuse à condamner l'employeur lorsqu'il rompt le contrat sans justes motifs. Un principe de solution témoigne bien de cette ligne jurisprudentielle : « nul n'est en faute et passible de dommages-intérêts, s'il n'a fait qu'user de son droit » (Civ. 5 févr. 1872, D. 1873. I. p. 63). A côté des « délais de congé commandés par l'usage » (Civ. 5 févr. 1872, préc.), seul l'abus dans la mise en œuvre du droit de résiliation unilatérale peut justifier l'octroi de dommages-intérêts (Civ. 20 mars 1895, D. 1895. I, p. 249, concl. av. gén. Rau). Mais c'est la faute de comportement et non l'impertinence du motif qui est alors sanctionnée par l'abus : il s'agit de « tout renvoi fait par légèreté blâmable ou dans un esprit d'animosité, de

malveillance ou de mauvaise foi » (Civ. 15 mars 1926, S. 1926. I. 217). Si une loi du 27 décembre 1890 modifie l'article 1780 pour y ajouter que la résiliation peut donner lieu à des dommages-intérêts, la disposition introduite se garde bien de préciser la cause de cette réparation, laissant ainsi prospérer la conception restrictive de l'abus qui prévalait en jurisprudence.

Au cours de la seconde moitié du XXe siècle, la symétrie entre l'employeur et le salarié commence toutefois à s'étioler. Porté par un courant doctrinal profondément hostile au mythe contractuel de la réciprocité, (V. not. CAMERLYNCK, 1958 ; SINAY, 1972), le législateur instaure un délai-congé dont le régime varie selon l'auteur de la rupture (L. no 58-158 du 19 févr. 1958 modifiant l'art. 23 du livre I du code du travail, relatif aux conditions d'attribution d'un délai-congé aux salariés en cas de rupture du contrat de travail) avant de créer une « indemnité de licenciement » à la charge de l'employeur (Ord. no 67-581 du 13 juill. 1967 relative à certaines mesures applicables en cas de licenciement). Il faudra cependant attendre la loi no 73-680 du 13 juillet 1973 portant modification du code du travail relative au droit de résiliation unilatérale du contrat de travail à durée indéterminée, pour qu'une distinction fondamentale soit faite selon que la rupture est à l'initiative du salarié (« démission ») ou de l'employeur (« licenciement »). Cette opposition n'est pas seulement terminologique, elle est aussi affaire de régime. Car si la démission continue à être comprise comme l'acte de volonté par lequel le salarié se libère – dans la limite de l'abus – d'un engagement à durée indéterminée (C. trav., art. L. 1237-2), le licenciement est alors vu comme un acte destructeur d'emploi (CAMERLYNCK, 1982, p. 351 s.), obligeant l'employeur à respecter plusieurs conditions de forme et de fond.

Pour ce faire, la loi du 13 juillet 1973 réalise un glissement technique remarquable. Avec elle, le législateur s'intéresse moins au droit de résiliation unilatérale qu'à l'acte qui le met en œuvre : « auparavant, c'était le droit de résiliation unilatérale qui était la base de toutes les solutions, avec la limite de son exercice abusif ; on ne voyait le licenciement que comme l'expression de ce droit en négligeant l'acte lui-même. Aujourd'hui, l'attention se porte sur l'acte juridique de licenciement : c'est lui qui est entouré de formes, voire de "procédures", c'est lui qui fait l'objet d'un contrôle du juge » (COUTURIER 1996, p. 177. Déjà en ce sens, VERDIER, 1976,). Depuis la loi de 1973, le régime du licenciement n'a d'ailleurs pas varié dans sa structure : l'adoption de cet acte suppose le respect d'une *procédure* permettant aux salariés de savoir et de discuter ce qui justifie la rupture de leur contrat, et l'existence d'un *motif* dont le juge, s'il est saisi, doit contrôler la réalité et le sérieux. Si la tradition civiliste du droit du travail conduira certains auteurs à présenter le licenciement comme un « acte causé », car supposant la démonstration d'une *cause réelle et sérieuse*, il ne faudra pas exagérer la différence conceptuelle opposant la *cause* au *motif,* terminologie plus familière aux administrativistes passés maîtres dans l'encadrement des décisions unilatérales. Cause, motif, au fond, l'idée est la même : ce qui est attendu de l'employeur, c'est qu'il explicite les raisons pour lesquelles il entend rompre le contrat, et du juge, qu'il en vérifie la réalité et en éprouve la cohérence.

Le droit du licenciement pour motif économique, créé en 1975, et amplement réformé en 1989 après la suppression de l'autorisation administrative, confirme du reste cette analyse. La définition du motif économique, et notamment des causes lointaines (des difficultés économiques à la réorganisation pour sauvegarde de la compétitivité), peut être vue comme une liste des « raisons légalement admissibles » de licencier « pour

des considérations étrangères à la personne du salarié » (LYON-CAEN 2002). Quant à la procédure d'information et de consultation des représentants du personnel sur le projet de licenciement, elle vise à permettre un échange de vue, un débat, une discussion sur les raisons économiques qui motivent la décision de restructuration des effectifs (LAFUMA 2008). Dans une proportion moindre, le droit du licenciement pour motif personnel qu'a forgé la Cour de cassation dans le silence du législateur a suivi la même orientation. En exigeant que « tout licenciement pour une cause inhérente à la personne du salarié » soit « fondé sur des éléments objectifs et imputables au salarié » (Soc. 7 décembre 1993, n° 92-43.908), ou en spécifiant les principaux motifs admissibles (par exemple, en cas d'absence du salarié : perturbation du fonctionnement de l'entreprise nécessitant le remplacement définitif du salarié ; ou pour des faits tirés de la vie personnelle : trouble objectif au fonctionnement de l'entreprise), la Cour de cassation a voulu chasser le pouvoir discrétionnaire de l'employeur dans l'acte de licencier. Cette politique jurisprudentielle ne l'a pas seulement conduite à circonscrire les principales raisons au nom desquelles l'employeur peut rompre le contrat d'un salarié pour un motif inhérent à sa personne. Inscrivant cet objectif au cœur de la procédure de licenciement, elle développa aussi une jurisprudence particulièrement exigeante au stade de la motivation. Considérant que cette dernière n'était pas qu'une simple exigence de forme, mais bien la justification du licenciement en germe, elle jugea dans son célèbre arrêt *Rogié* (Soc. 29 novembre 1990, n°88-44.308) que l'absence de motif dans la lettre de notification (à laquelle elle ne tardera pas bientôt à y associer l'imprécision du motif) devait priver le licenciement de cause réelle et sérieuse. Mais tout empire décline un jour

Décadence (du droit) du licenciement

Après avoir régné pendant des décennies sur le droit de la rupture, tout en servant de modèle à l'encadrement des autres actes de pouvoir de l'employeur, le droit du licenciement a concentré, au début des années 2000, les critiques tant des milieux patronaux que des économistes libéraux. Le plus insupportable à leurs yeux était que des juges, nécessairement ignorants de la gestion d'une entreprise et de la prise de risque que celle-ci implique, puissent questionner, et donc remettre en cause, la raison économique ou même seulement organisationnelle d'une décision de licencier. Au fond, c'est l'existence même d'un contrôle judiciaire qui faisait difficulté. Il faut croire que ces critiques ont porté leurs fruits. Car même si aucune des réformes opérées depuis n'est revenue directement sur l'exigence d'un motif réel et sérieux, tout a été fait en amont pour réduire l'empire du droit du licenciement, et en aval pour atténuer les conséquences financières de son inobservation.

Paradoxalement, c'est au moment où les critiques contre le droit du licenciement pour motif économique étaient les plus vigoureuses, et qu'elles avaient sans doute le plus de chance d'être entendues par le tout nouveau locataire de l'Élysée, que le législateur dut refreiner ses ardeurs en privilégiant la technique de l'évitement. Nous sommes à l'été 2007, Nicolas Sarkozy vient d'accéder au pouvoir et croit dur comme fer à la chimère d'un contrat de travail unique. Seulement, l'obligation de se tourner préalablement vers les partenaires sociaux, issue de la récente loi Larcher, va contrarier ses desseins. L'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 confortera la distinction CDI/CDD. Et même si plusieurs de ses stipulations visaient à « encadrer et sécuriser les ruptures de contrat de travail » (art. 11), peu s'attaquaient

frontalement à l'exigence de justification et à son contrôle par le juge. Reste qu'en souhaitant faciliter « les solutions négociées » (art. 12), et surtout en créant la rupture conventionnelle, l'ANI, et la loi du 25 juin 2008 qui en assura la transposition, portèrent un premier coup sévère au droit du licenciement. Car la rupture conventionnelle, c'est l'anti-modèle : pas de procédure aussi formalisée qu'en matière de licenciement, pas de motif ou de justification à avancer, et donc pas de contrôle du juge sur les raisons poussant employeur et salarié à se séparer. Seules comptent la liberté et l'intégrité de leur consentement. Et ceux qui pouvaient être tentés de lorgner du côté du droit du licenciement pour protéger les salariés possiblement vulnérables pendant un arrêt maladie ou un congé de maternité seront vite déçus. C'est clairement un autre logiciel qu'y décèle la Cour de cassation : sauf fraude ou vice du consentement, l'accord des parties emporte tout.

Il faudra attendre l'année 2013 pour voir de nouveau un ANI et une loi remettre en cause, cette fois plus directement, le droit du licenciement, du moins l'un de ses domaines les plus conflictuels : celui des « grands » licenciements collectifs pour motif économique avec plan de sauvegarde de l'emploi. L'objectif était double. D'abord, il fallait continuer à « déconflictualiser » la rupture des contrats de travail. Consacrant une pratique déjà bien installée, une place plus grande a donc été faite à la négociation et à la conclusion d'accords collectifs sur les PSE. Il fallait ensuite sécuriser la procédure rendue trop incertaine, fragilisée donc, par l'intervention du juge des référés des anciens tribunaux de grande instance. Pour en finir avec ce contrôle *a posteriori*, qui pouvait conduire à annuler des licenciements intervenus plusieurs mois ou années plus tôt, il a été institué un contrôle *a priori* confié à l'administration du travail. Ce retour en grâce des pouvoirs publics pouvait faire sourire quelques 30 ans après la suppression de l'autorisation administrative de licencier. Il faut croire qu'aux yeux des employeurs le juge judiciaire, par son audace et ses constructions, s'était révélé pire que l'inspection du travail. En confiant à l'autorité administrative le soin d'homologuer les PSE unilatéraux ou de valider les accords sur le PSE, cette réforme a déversé le contentieux devant le juge administratif, principe de séparations des pouvoirs oblige. *Exit* les référés en cours de procédure, désormais il s'agit de recours pour excès de pouvoir formés contre des actes d'homologation ou de validation, ce qui modifie sensiblement les termes du débat : il n'est plus question comme avant, à l'époque du juge judiciaire, de contrôler l'action de l'employeur en regardant si ce dernier a respecté les obligations qui lui incombe en termes de consultation ou de reclassement ; aujourd'hui, l'employeur est en retrait, c'est avant tout le procès fait à un acte administratif. Si la réforme de 2013 a largement contribué à dégonfler le contentieux des licenciements collectifs, elle a laissé cependant indemne la question de la justification du licenciement, le contrôle du motif économique étant resté l'apanage du juge prud'homal et le propre des contentieux individuels.

Les ordonnances dites Macron de 2017 ne se sont pas montrées plus hardies à ce sujet. Comme les précédentes réformes, celle-ci n'a pas touché à l'exigence d'un motif réel et sérieux et à son contrôle par le juge. Les engagements internationaux de la France – signataire de la convention n° 158 de l'OIT sur le licenciement – expliquent sans doute cette retenue. Faute de vouloir – ou de pouvoir – attaquer le cœur du droit du licenciement, les rédacteurs des ordonnances ont donc choisi, une fois encore, la technique de l'évitement. La rupture conventionnelle individuelle ayant ouvert la voie, deux nouveaux modes de rupture sont venus concurrencer le licenciement pour motif

économique : d'une part, la rupture conventionnelle collective (RCC) qu'a inspiré la jurisprudence de la Cour de cassation sur les plans de départs volontaires dits autonomes (Soc. 26 octobre 2010, *Renault*, n° 09-15.187) et, d'autre part, le congé de mobilité (CM) qui existait depuis 2006 sans être vraiment parvenu à trouver son public. Ces deux dispositifs obéissent à une structure commune fondée sur la nécessité d'un double accord : la conclusion d'un accord collectif avec les organisations syndicales majoritaires suivie de celle d'accords individuels avec les salariés intéressés. C'est à ce prix que les ruptures de contrat de travail intervenant dans le cadre d'une RCC ou d'un CM échappent au droit du licenciement pour motif économique.

Les ordonnances Macron ont également contribué à affaiblir l'effectivité du droit du licenciement en revoyant à la baisse le nombre et le quantum des indemnités prévues en cas de méconnaissance de ses règles (FABRE 2020). La critique était assénée depuis plusieurs années : le risque « contentieux » d'un licenciement serait devenu tellement imprévisible et conséquent que les employeurs hésiteraient à recruter en contrat à durée indéterminée. Il fallait donc lever ce frein à l'emploi. Une première série de mesures fut placée sous les sceaux de la sécurisation. L'idée était de nettoyer le contentieux du licenciement de toutes les jurisprudences sanctionnant sur le fond des règles de forme : imprécision du motif (L. 1235-2, al. 2) ou non-respect de la procédure conventionnelle ou statutaire de consultation préalable au licenciement (L. 1235-2, al. 4). Une autre série de mesures, de loin la plus importante, a porté sur le montant des indemnités dues par l'employeur en cas de méconnaissance des règles, la plus emblématique d'entre elles – mal nommée « barème » – enfermant l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse dans des limites basses – planchers – et hautes – plafonds – dépendant principalement de l'ancienneté du salarié dans l'entreprise. Cette mesure a été fortement critiquée parce qu'elle remettait en cause le pouvoir du juge de faire réparer l'intégralité du préjudice résultant pour le salarié de la perte injustifiée de son emploi. Sans compter qu'en permettant aux employeurs de déterminer à l'avance le « coût » maximal d'un licenciement injustifié, elle risquait de favoriser la violation des règles dont elle était pourtant censée assurer la protection. Ces arguments n'ont pas convaincu le Conseil constitutionnel (Décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018), ni la Cour de cassation (Ass. plén. Avis 17 juillet 2019, n° 19-70.011 ; Soc. 11 mai 2022, n° 21-14.490). Seul le comité européen des droits sociaux y a été sensible. Mais ses décisions ne sont pas contraignantes. Quant à une éventuelle application horizontale de la Charte sociale européenne, la Cour de cassation a étouffé tout espoir en décidant que ses dispositions n'étaient pas d'effet direct en droit interne dans un litige entre particuliers (Soc. 11 mai 2022, n° 21-15.247).

Avec la confirmation des barèmes, le droit du licenciement poursuit son déclin. En plus d'être concurrencé de l'extérieur, par des modes de rupture plus consensuels donc moins sujets à contestation, le voilà désormais fragilisé de l'intérieur, à travers un système de sanctions qui n'est plus capable de garantir son effectivité. Comment ne pas voir dans la grandeur et la décadence du droit du licenciement celles d'un *certain* droit du travail.

Bibliographie

CAMERLYNCK G.-H. , « De la conception civiliste du droit contractuel de résiliation unilatérale à la notion statutaire de licenciement », *JCP* 1958. I. 1425

CAMERLYNCK G.-H., *Traité de droit du travail, Le contrat de travail*, t. 1, 2e éd., 1982, Dalloz

COUTURIER G., *Droit du travail*, vol. 1, 1996, PUF

FABRE A., « sécuriser le contentieux sur les licenciements », in *Retour sur les ordonnances Macron*, dir. F. Géa, Thèmes et commentaires, Dalloz 2020, p. 371

LAFUMA E., *Des procédures internes : contribution à l'étude de la décision de l'employeur*, LGDJ, 2008

LYON-CAEN A., « Le droit du travail et la liberté d'entreprendre », *Dr. soc*. 2002, p. 26

SINAY H., « Les tendances actuelles de la jurisprudence en matière de licenciement individuel », *D.* 1972, p. 241

VERDIER J.-M., « Sur le nouveau droit du licenciement », *Dr. soc.* 1976, p. 1

Notices connexes

Décision, Flexicurité, Justification, Objectivation, Procéduralisation, Réorganisation, Unilatéralisme

Alexandre Fabre

Décembre 2022