



Plafonnement des dommages et intérêts en cas de licenciement injustifié - décryptage

Quand le plancher devient le plafond, c'est qu'on marche sur la tête¹

Par David van der Vlist

Avocat, membre de la Commission Sociale du SAF

Le 9 juin 2015, Manuel Valls a annoncé le plafonnement des dommages et intérêts susceptibles d'être obtenus en cas de licenciement injustifié, sous prétexte de favoriser l'emploi dans les PME. Le nouveau barème annoncé, revenait également sur le plancher de 6 mois de salaire attribué aux salariés ayant plus de 2 ans d'ancienneté dans les entreprises de moins de 300 salariés.

La commission spéciale de l'assemblée nationale a modifié le barème modifié en indiquant, selon ses rapporteurs, que les maximums fixés sont supérieurs aux sommes attribuées en pratique, et donc que le nouveau barème n'aura aucune incidence.

Pourtant, ce nouveau barème risque d'avoir des conséquences d'une particulière gravité pour les salariés. Après modification, le plafonnement adopté par la Commission spéciale de l'assemblée nationale est le suivant :

		Taille de l'entreprise					
		Moins de 20 salariés		Entre 20 et 299 salariés		Plus de 300 salariés	
		Pourcentage des salariés ²	36 %	Pourcentage des salariés ³	45 %	Pourcentage des salariés ⁴	19 %
Ancienneté	Moins de 2 ans	Projet : 3 mois de salaire maximum		Projet : 4 mois de salaire maximum		Projet : 4 mois de salaire maximum	
		Actuellement : intégralité du préjudice		Actuellement : intégralité du préjudice		Actuellement : intégralité du préjudice	
	De 2 à 10 ans	Projet : 2 à 6 mois de salaire		Projet : 4 à 10 mois de salaire		Projet : 6 à 12 mois de salaire	
		Actuellement : - intégralité du préjudice - 6 mois minimum à partir de 11 salariés		Actuellement : - intégralité du préjudice - 6 mois minimum		Actuellement : - intégralité du préjudice - 6 mois minimum	
	A partir de 10 ans	Projet : 2 à 12 mois de salaire		Projet : 4 à 20 mois de salaire		Projet : 6 à 27 mois de salaire	
		Actuellement : - intégralité du préjudice - 6 mois minimum à partir de 11 salariés		Actuellement : - intégralité du préjudice - 6 mois minimum		Actuellement : - intégralité du préjudice - 6 mois minimum	

¹ « Proverbe » emprunté à Rachel SAADA

² Les « PME » : principaux employeurs de France – Juin 2012, CGPME, statistiques Pole Emploi et INSEE

³ Les « PME » : principaux employeurs de France – Juin 2012, CGPME, statistiques Pole Emploi et INSEE (statistiques entre 20 et 250 salariés)

⁴ Les « PME » : principaux employeurs de France – Juin 2012, CGPME, statistiques Pole Emploi et INSEE (statistiques au dessus de 250 salariés)

Pour sauvegarder les apparences, certaines catégories de licenciement sont exclues (harcèlement moral ou sexuel, discrimination, corruption, droit de grève, exercice d'un mandat par un salarié protégé, liberté d'expression, nullité du licenciement économique, ...).

Tous les salariés sont donc concernés et 81 % des salariés sont dans les deux premières colonnes, c'est-à-dire les plus durement touchés.

Pourquoi cela pose problème ?

Etat actuel du droit :

Le régime actuel d'indemnisation des licenciements injustifiés existe depuis 1973, date à laquelle notre code du travail a été élaboré avant d'être recodifié en 2008.

Il distingue deux hypothèses :

- Le cas général posé par l'article L. 1235-3 du code du travail qui concerne la grande majorité des salariés qui prévoit que les dommages et intérêts réparent **l'intégralité du préjudice subi avec un plancher de 6 mois de salaire minimum.**
- La dérogation posée par l'article L. 1235-5 du code du travail qui concerne les salariés ayant moins de 2 ans d'ancienneté ou travaillant dans les entreprises de moins de 11 salariés. Ils ont droit à des dommages et intérêts réparant **l'intégralité du préjudice subi** mais ne bénéficient pas du plancher de 6 mois.

L'indemnisation du préjudice est donc, dans la plupart des cas, d'au moins 6 mois de salaire. Elle est élaborée en fonction du préjudice réel du salarié ce qui inclut notamment :

- Son ancienneté ;
- Son âge (il est moins facile de trouver du travail à 55 ans qu'à 30 ans) ;
- Ses qualifications ;
- Sa situation familiale (une mère célibataire n'est pas dans la même situation qu'un couple sans enfant, conjoint au chômage, enfant, parent ou conjoint atteint d'un handicap) ;
- Ses éventuels emprunts contractés ;
- Son état de santé (un salarié licencié pour inaptitude suite à un accident du travail n'est pas dans la même situation qu'une personne en pleine forme) ;
- Sa situation professionnelle et ses recherches d'emploi (logiquement, on reçoit moins si on trouve du travail tout de suite, ou si on est toujours au chômage après 3 ans d'envoi régulier de candidatures), ...

Le montant des condamnations n'est pas pour autant exorbitant : le conseil de prud'hommes est composé de deux employeurs et deux salariés et le montant des dommages et intérêts fait souvent l'objet d'une âpre négociation.

En pratique il est difficile d'obtenir qu'une entreprise soit condamnée à verser plus de 6 mois de salaire à un salarié ayant moins de 2 ans d'ancienneté. **Il est rare que le montant total des dommages et intérêts atteigne 24 mois de salaire et le juge condamne moins lourdement les entreprises de moins de 11 salariés.**

Cela étant, en fonction de la situation réelle, il arrive que le montant des condamnations soit important. Une salariée harcelée dans une petite entreprise jusqu'au burn out puis licenciée pour

inaptitude, dont les perspectives professionnelles sont irrémédiablement compromises pourra obtenir une condamnation lourde **et c'est normal !**

De la même façon, un salarié entré sans qualification dans une entreprise qui gravit petit à petit les échelons jusqu'à occuper des fonctions d'encadrement et se fait licencier à 55 ans comme un malpropre peut obtenir des dommages et intérêts importants **et c'est normal !**

D'accord mais pourquoi ce minimum ?

L'idée est simple : si l'on veut que l'obligation de fonder le licenciement sur une cause réelle et sérieuse soit respectée, il est indispensable que les conséquences d'un licenciement injustifié soient véritablement dissuasives.

Pour que le droit soit effectif, il faut qu'il soit possible de le faire respecter. Or si l'enjeu du litige est trop faible, personne ne saisira un juge. Si un salarié ne peut espérer obtenir que 3 mois de SMIC (3300 € net environ), il aura peu intérêt à saisir un conseil de prud'hommes, a fortiori s'il doit prendre un avocat qu'il devra payer une somme similaire (sans certitude de victoire).

A partir de là, l'employeur a un faible risque contentieux puisque peu de salariés risquent de l'attaquer, et les cas échéant, les condamnations seront faibles.

L'employeur peut alors licencier sans véritable motif et le droit du travail est réduit à une déclaration de bonnes intentions.

Imposer une condamnation minimum de 6 mois, c'est donner un intérêt au salarié à contester son licenciement s'il est abusif et à travers cela, imposer à l'employeur de ne pas prendre le risque de licencier sans véritable motif (même si dans certains cas, ce montant s'avère insuffisamment dissuasif).

Profitons-en pour démonter une idée reçue.

Non les salariés ne vont pas toujours aux prud'hommes et ne gagnent pas systématiquement

Actuellement, seul 1 licenciement sur 5 (20 %) fait l'objet d'une saisine du Conseil de prud'hommes. Soit un taux de contentieux inférieur à l'Allemagne⁵.

Les salariés gagnent dans 71 % des cas⁶, cela peut sembler élevé mais ça s'explique de façon très simple :

- Si 4 salariés sur 5 ne contestent pas leurs licenciements, les salariés qui saisissent les prud'hommes sont globalement ceux qui ont le plus de raisons de contester leur licenciement. **Le juge sanctionne au final moins de 14 % des licenciements⁷ ;**

⁵ Eric LANGLAIS, *Le risque judiciaire et les licenciements en France: le point de vue de l'économie du risque*, http://economix.fr/docs/889/risque_judiciaire_%28juillet_2008%29.pdf

⁶ <http://questions.assemblee-nationale.fr/q13/13-22830QE.htm>

⁷ $1/5^e$ [nombre de rupture contestées] x 71% [taux de décisions donnant raison au salarié sur au moins une demande]

- C'est à l'employeur de prouver son motif de licenciement, donc le salarié est dans une situation plus facile à défendre que l'employeur ;
- Les salariés ont parfois plusieurs demandes (heures supplémentaires, sanction du licenciement, absence de faute grave, paiement de jours fériés, ...). Il est donc fréquent qu'ils n'obtiennent qu'une partie des demandes. Un salarié peut « *gagner* » en perdant sur l'essentiel (licenciement etc.). Le chiffre de 14 % est donc déjà surestimé.

Et donc la réforme ?

Le projet d'amendement détruit le système actuel.

En dessous de 2 ans d'ancienneté, le juge ne pourra pas accorder plus de 3 mois de salaire en dessous de 20 salariés, et 4 mois de salaire au-dessus de 20 salariés. Il ne sera, la plupart du temps, plus rentable d'attaquer l'employeur.

Dans plusieurs cas, l'ancien plancher devient le maximum (licenciement d'un salarié ayant entre 2 et 10 ans d'ancienneté dans une entreprise entre 11 et 20 salariés).

L'employeur connaîtra avec certitude son risque contentieux et pourra donc décider qu'il est plus rentable de se débarrasser d'un salarié quitte à payer **après 1 à 5 ans de procédure** que de respecter la loi.

En bref, l'employeur peut s'offrir le droit de licencier de façon arbitraire à faible coût ! Avis aux amateurs, le droit de licencier s'achète désormais et il est en soldes !

Quel que soit la situation du salarié, âge, emprunt, situation familiale, état de santé, etc., le risque sera limité pour l'employeur et **il ne pourra plus être tenu de réparer l'intégralité du préjudice du salarié.**

A la différence de tous les autres domaines du droit, le salarié ne sera pas pleinement indemnisé !

Dans la quasi-intégralité des autres domaines du droit⁸, le principe est la réparation intégrale du préjudice subi.

Un locataire injustement expulsé pourra, par exemple, faire réparer l'intégralité de son préjudice par le propriétaire (frais d'hôtel pendant la recherche d'un nouveau logement, frais de stockage du mobilier, préjudice moral, ...).

De la même manière, en cas d'accident de la circulation, la victime pourra faire réparer l'intégralité de son préjudice (frais d'hospitalisation, souffrances endurées, incapacité temporaire, incapacité permanente, ...).

Comment expliquer que pour les seuls salariés, il faille prendre en compte les moyens de l'entreprise afin de réduire la réparation du salarié **lorsque l'entreprise viole la loi** ?

⁸ Exception faite des accidents du travail, et de certains contrats très dérogations (transports internationaux, ...).

Va-t-on expliquer désormais qu'en cas d'agression physique, il ne faut condamner l'agresseur qu'à payer la moitié des frais d'hôpital s'il a peu de revenus ?

L'employeur comme tout un chacun doit assumer les conséquences de ses actes. Nul n'est au-dessus de la loi !

Mais les plafonds ne sont quand même pas si bas ?

D'abord, il faut avoir conscience que dès lors que les plafonds et planchers détermineront le niveau d'indemnisation : l'indemnisation « *moyenne* » pour un salarié entre 2 et 10 ans de présence dans une société de moins de 20 salariés sera de 4 mois, dans une société de plus de 20 à 300 salariés, elle sera de 7 mois, ...

D'autre part, il faut confronter ces plafonds à des situations réelles : un salarié d'une chaîne de magasins dans laquelle chacun d'entre eux a un statut de filiale de moins de 20 salariés sera jugé comme un salarié d'une véritable petite entreprise de moins de 20 salariés. S'il est licencié pour inaptitude à 55 ans après un accident du travail sans véritable recherche de reclassement, il ne pourra prétendre au maximum qu'à 6 mois de salaire, **si et seulement si il arrive à convaincre les deux conseillers prud'hommes salariés et l'un des deux conseillers prud'hommes employeurs que cela justifie d'aller au maximum des condamnations possibles !**

Une salariée de 45 ans ayant 9 ans d'ancienneté, des enfants à charge, un mari au chômage, des parents en maison de retraite, un emprunt immobilier à rembourser qui se fait licencier pour un motif économique inexistant dans le cadre du rachat de son entreprise de 290 salariés, se retrouvant au chômage pendant plus de 2 ans malgré des recherches d'emplois répétées ne pourra obtenir au maximum que 10 mois de salaire **à condition de convaincre au moins un des deux conseillers prud'hommes employeurs que cela justifie d'aller au maximum des condamnations possibles !**

Non, toute les PME ne sont pas des petites entreprises familiales d'une 20^{aine} de salariés

Les PME sont définies comme l'ensemble des entreprises de moins **de 250 salariés**. Un grand nombre d'entre elles appartiennent à de très grands groupes subdivisés en filiales. Depuis le décret n° 2008-1354 du 18 décembre 2008, l'INSEE recourt à une analyse économique de l'entreprise et non à une analyse juridique⁹.

Un exemple parmi d'autres. Le groupe BOUYGUES compte **127 470 salariés dans le monde**¹⁰.

Il est composé notamment :

- d'une holding, BOUYGUES qui compte moins de 200 salariés¹¹ ;
 - o d'une filiale, 32 HOICHE, propriétaire du siège de moins de 20 salariés¹² ;
 - o d'une filiale, BOUYGUES CONSTRUCTION de 400 à 500 salariés¹³ ;
 - d'une filiale de la filiale, BOUYGUES BATIMENT ILE DE France, de moins de 300 salariés¹⁴

⁹ http://www.insee.fr/fr/themes/document.asp?ref_id=ip1321

¹⁰ <http://www.bouygues.com/le-groupe/qui-sommes-nous/presentation-de-bouygues/>

¹¹ <http://www.societe.com/societe/bouygues-572015246.html>

¹² <http://www.societe.com/societe/32-hoiche-490082591.html>

¹³ <http://www.societe.com/societe/bouygues-construction-552045999.html>

¹⁴ <http://www.societe.com/societe/bouygues-batiment-ile-de-france-433900834.html>

- d'une filiale de la filiale de la filiale, BATI-RENOV, de moins de 200 salariés¹⁵
- etc.
- d'une filiale, BOUYGUES IMMOBILIER de moins de 300 salariés¹⁶ (également subdivisé e filiales;
- d'une filiale, COLAS de moins de 300 salariés¹⁷
 - filiale de la filiale, COLAS CENTRE OUEST de moins de 200 salariés¹⁸
 - etc.

De très nombreux salariés de ce groupe de plus de 125 000 salariés seront donc soumis au plafonnement des indemnités pour les entreprises de moins de 300 salariés voire de moins de 20 salariés.

De la même façon des chaînes de magasins peuvent s'organiser pour que tous les salariés soient soumis aux plafonds des sociétés de moins de 20 salariés en créant une entreprise par magasin.

Un mélange détonnant conjugué avec la possibilité pour Pôle Emploi de se servir sur les dommages et intérêts obtenus !

Dans le cadre de l'article 21 du règlement annexé à la convention assurance chômage signée par le MEDEF, la CGPME, l'UPA, La CFDT, la CFTC et FO, et approuvée par arrêté ministériel, un différé d'indemnisation est prévu :

« § 1er - La prise en charge est reportée à l'expiration d'un différé d'indemnisation correspondant au nombre de jours qui résulte du quotient du montant de l'indemnité compensatrice de congés payés versée par le dernier employeur, par le salaire journalier de référence visé à l'article 13 [...] »

§ 2 - Le différé visé au § 1er est augmenté d'un différé spécifique en cas de prise en charge consécutive à une cessation de contrat de travail, résultant d'un autre motif que celui énoncé à l'article L. 1233-3 du code du travail, ayant donné lieu au versement d'indemnités ou de toute autre somme inhérente à cette rupture, quelle que soit leur nature, dès lors que leur montant ou leurs modalités de calcul ne résultent pas directement de l'application d'une disposition législative.

a) Ce différé spécifique correspond à un nombre de jours égal au nombre entier obtenu en divisant le montant total des sommes visées au § 2 alinéa 1er, diminué éventuellement du montant résultant directement de l'application d'une disposition législative, par 90.

Ce différé spécifique est limité à 180 jours.

c) Si tout ou partie de ces sommes est versé postérieurement à la fin du contrat de travail ayant ouvert des droits, le bénéficiaire et l'employeur sont dans l'obligation d'en faire la déclaration. Les allocations qui, de ce fait, n'auraient pas dû être perçues par l'intéressé, doivent être remboursées. »

En d'autres termes, toute somme versée à l'occasion de la rupture au titre des congés payés ou au-delà des minimums légaux provoque le report des versements par Pôle Emploi dans la limite de 180 jours (6 mois) contre 75 antérieurement.

Les dommages et intérêts obtenus dans le cadre de la contestation d'un licenciement sont pris en compte pour la part au-delà du plancher.

¹⁵ <http://www.societe.com/societe/bati-renov-662025279.html>

¹⁶ <http://www.societe.com/societe/bouygues-immobilier-562091546.html>

¹⁷ <http://www.societe.com/societe/colas-sa-552025314.html>

¹⁸ <http://www.societe.com/societe/colas-centre-ouest-329338883.html>

D'accord mais c'est juste un différé, ça ne change rien au nombre de jours d'indemnisation chômage ?

Et bien si !

Prenons dans le système actuel, un salarié d'une entreprise de plus de 11 salariés ayant plus de 2 ans d'ancienneté qui obtient 13 mois de salaire à titre de dommages et intérêts.

S'il retrouve du travail plus de 2 ans et demi après son licenciement, il bénéficiera bien de ses 2 ans d'indemnisation chômage puisque même si on reporte le différé de 6 mois, il est resté 2 ans de plus au chômage.

Par contre, s'il trouve du travail au bout d'un an, Pôle emploi pourra exiger le remboursement des allocations chômage (ARE) qu'il a obtenu pendant les 6 premiers mois (Il a obtenu 13 mois de salaire, le minimum était de 6 mois donc, 7 mois de salaire rentrent dans l'assiette du différé d'indemnisation qui est plafonné à 6 mois d'allocations chômage).

Le Salarié a donc gagné 13 mois de salaire dont jusqu'à 6 mois d'allocation chômage (ARE) vont aller dans la poche de Pôle Emploi alors même que le salarié a cotisé à l'assurance chômage pendant toute la durée de son travail. **Le salarié risque de n'avoir gagné au final que 13 mois de salaire – 6 mois d'allocations chômage alors que les prud'hommes ont constaté que son préjudice était de 13 mois de salaire !**

Bien évidemment, la procédure étant longue, le salarié touche souvent ces sommes après avoir été indemnisé. Cependant, Pôle Emploi peut exiger ... d'être remboursé a posteriori.

Plusieurs salariés ont déjà été victimes de ce véritable « racket »¹⁹ dont la légalité a été confirmée par la Cour de Cassation²⁰.

D'accord mais ça change quoi, la modification des barèmes ?

Prenons un salarié d'une entreprise de 18 salariés, ayant plus de 9 ans d'ancienneté. Actuellement, il obtient au minimum 6 mois de salaire et il n'y a pas de plafond. S'il obtient 11 mois de salaire, Pôle Emploi récupérera une partie des dommages et intérêts sur la base de 5 mois de salaire (Il n'a obtenu que 5 mois de salaire en plus du minimum légal fixé à 6 mois). Il lui restera 11 mois de salaire – un différé calculé sur la base de 5 mois de salaire (sur lesquels il doit payer son avocat, etc.).

Désormais, dans les entreprises de moins de 20 salariés, en dessous de 10 ans d'ancienneté, le plancher est de 2 mois et le plafond est à 6 mois.

Si le salarié touche 2 mois de salaire, Il s'agira du minimum légal donc Pôle Emploi ne pourra rien récupérer.

Si le salarié touche 6 mois de salaire, c'est-à-dire le maximum, il aura touché 4 mois de salaire en plus du minimum. Pôle Emploi récupérera donc une partie des dommages et intérêts sur cette base de 4 mois de salaire.

¹⁹ Luc Peillon, Les indemnités des prud'hommes dans l'escarcelle de Pôle Emploi, Libération du 26 mai 2014 http://www.liberation.fr/economie/2014/05/26/les-indemnités-des-prud-hommes-dans-l-escarcelle-de-pole-emploi_1027490 ;

²⁰ Cass. Soc., 15 juin 2010, n°08-20.513

En d'autres termes, là où le salarié touchait **6 mois minimum sur lesquels Pôle Emploi ne pouvait rien prélever**, il touchera désormais au **6 mois de salaire maximum, sachant que Pôle Emploi récupérera alors une partie importante des dommages et intérêts calculée sur la base de 4 mois de salaire.**

En résumé, que le salarié touche le minimum ou le maximum, ça peut ne presque rien changer : Pôle Emploi récupérera l'essentiel de la différence !

De la même manière pour les salariés ayant entre 2 et 10 ans d'ancienneté dans une entreprise entre 20 et 300 salariés, **que le salarié touche 4 (le minimum) ou 10 mois (le maximum) peut ne rien presque rien changer s'il retrouve un emploi entre 6 mois et 2 ans après son licenciement** car les 6 mois supplémentaires serviront de base aux retenues opérées par Pole Emploi au titre du délai de carence !

Quelques illustrations²¹ :

Pour un employé travaillant 35h au SMIC (salaire brut sera de 1 457,52 €) la conséquence est :

		Taille de l'entreprise					
		Moins de 20 salariés		Entre 20 et 300 salariés		Plus de 300 salariés	
		Pourcentage des salariés ²²	36 %	Pourcentage des salariés ²³	45 %	Pourcentage des salariés ²⁴	19 %
Ancienneté	Moins de 2 ans	0 à 2,3 mois de salaire maximum		0 à 2,5, 4 mois de salaire maximum		0 à 2,5, 4 mois de salaire maximum	
	De 2 à 10 ans	2 à 4,6 -6 mois de salaire		4 à 8 à 10 mois de salaire		6 à 8,6 -12 mois de salaire	
	A partir de 10 ans	2 à 8,6 12 mois de salaire		4 à 16,6 20 mois de salaire		6 à 23,6 27 mois de salaire	

A l'évidence, compte tenu des sommes en jeu, si le salarié doit prendre un avocat, il n'est pas rentable de contester un licenciement avec moins de 2 ans d'ancienneté et, entre 2 ans et 10 ans d'ancienneté, lors que l'entreprise compte moins de 20 salariés.

Au-delà, cela commence à être rentable cependant, l'abaissement des planchers augmentera considérablement le montant des sommes récupérées par Pôle Emploi **sur l'indemnisation du**

²¹ Les formules de calcul sont un peu complexes : le différé est obtenu en divisant les dommages et intérêts obtenus par 90. Pour un salarié gagnant plus de 2700 €/mois brut, un mois de salaire entrainera plus d'un mois de différé, et vice versa. Par ailleurs, le montant des allocations chômage par lesquelles il faut multiplier le différé pour calculer les sommes récupérées par Pole Emploi varient entre 57 % et 75 % du salaire brut.

²² Les « PME » : principaux employeurs de France – Juin 2012, CGPME, statistiques Pole Emploi et INSEE

²³ Les « PME » : principaux employeurs de France – Juin 2012, CGPME, statistiques Pole Emploi et INSEE

²⁴ Les « PME » : principaux employeurs de France – Juin 2012, CGPME, statistiques Pole Emploi et INSEE

préjudice du salarié. Les plafonds amputeront fortement les sommes susceptibles d'être octroyées aux salariés.

Pour un cadre touchant en brut 2900 € par mois, avec un 13^{ème} mois et ayant une prime d'objectif de 12000 € (salaire brut de référence 4142 €):

		Taille de l'entreprise					
		Moins de 20 salariés		Entre 20 et 300 salariés		Plus de 300 salariés	
		Pourcentage des salariés ²⁵	36 %	Pourcentage des salariés ²⁶	45 %	Pourcentage des salariés ²⁷	19 %
Ancienneté	Moins de 2 ans	0 à 0,4 3 mois de salaire maximum		0 à 0,62 4 mois de salaire maximum		0 à 0,62 4 mois de salaire maximum	
	De 2 à 10 ans	2 à 2,6 6 mois de salaire		4 à 4,6 à 10 mois de salaire		6 à 8,6 12 mois de salaire	
	A partir de 10 ans	2 à 8,6 12 mois de salaire		4 à 16,6 20 mois de salaire		6 à 23,6 27 mois de salaire	

Là encore, même constat, il n'est pas rentable de contester son licenciement en dessous de 2 ans d'ancienneté et en dessous de 10 ans d'ancienneté pour les entreprises de moins de 20 salariés, le salarié obtiendra des sommes particulièrement faibles.

Ce n'est qu'au-delà que le salarié conservera un intérêt à contester son licenciement. Cependant, l'abaissement des planchers additionnée au plafonnement diminue considérablement les sommes que le salarié est susceptible d'obtenir.

Il devient donc on ne peut plus dissuasif pour les salariés de saisir un conseil de prud'hommes !

Ce projet ouvre la porte à tous les abus.

Une mesure pire que le Contrat Nouvelle Embauche de 2005 et le Contrat Première Embauche de 2006

En 2005, la Droite avait voulu créer un contrat pour les entreprises de moins de 20 salariés qu'il était possible de rompre sans motif. Il avait fallu que des avocats invoquent la Convention 158 de l'Organisation Internationale du Travail pour qu'ils obtiennent sa transformation en CDI.

Peu de temps après, en 2006, elle avait créé le CPE, Contrat première embauche réservé aux jeunes, qui reposait sur le même principe. C'est-à-dire une période d'essai de 2 ans. Grâce à une mobilisation rassemblant plus de 3 millions de personnes, cette mesure avait été abrogée.

²⁵ Les « PME » : principaux employeurs de France – Juin 2012, CGPME, statistiques Pole Emploi et INSEE

²⁶ Les « PME » : principaux employeurs de France – Juin 2012, CGPME, statistiques Pole Emploi et INSEE

²⁷ Les « PME » : principaux employeurs de France – Juin 2012, CGPME, statistiques Pole Emploi et INSEE

Ces contestations avaient été fortement soutenues par le Premier Secrétaire du Parti Socialiste de l'époque, un certain François Hollande.

La réforme proposée est pire !

Ces contrats donnaient la possibilité de le rompre pendant 2 ans sans motif mais qu'il était dans ce cas nécessaire de verser **8 % des salaires perçus à titre d'indemnité pour le salarié** et **2 % des salaires perçus pour les cotisations sociales** (article 2 de l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005 ; article 8 de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances).

Ces sommes étaient dues de plein droit, que le salarié décide ou non de saisir le conseil de prud'hommes.

Le projet initial de Manuel VALLS prévoyait quant à lui que les salariés percevaient forfaitairement, si le juge estimait le licenciement infondé :

- 1/12^e de mois par année d'ancienneté soit 8,3% des salaires obtenus, en dessous de 20 salariés
- 1/6^e de mois par année d'ancienneté entre 20 et 300 salariés soit 16,7 % des salaires obtenus, entre 20 et 300 salariés.

Il était donc flagrant qu'il était plus avantageux de recourir au CDI en licenciant sans motif en dessous de 20 salariés que d'avoir CPE/CNE où il était obligatoire de payer 10 % (8% au salarié, 2% de cotisations supplémentaires) **sans que le salarié ait besoin de saisir un juge.**

En invoquant un motif monté de toute pièce, le coût devenait dérisoire, rapporté au nombre de salariés obtenant la sanction du licenciement (moins de 14 %). D'autant que ce taux était amené à fortement diminuer en dessous de 2 ans d'ancienneté compte tenu de la faiblesse des enjeux.

L'amendement adopté a légèrement modifié les sommes qu'il est possible d'obtenir : désormais, en dessous de 20 salariés le salarié pourra obtenir au maximum 3 mois de salaire, et au-dessus de 20 salariés 4 mois de salaire.

Il restera néanmoins plus avantageux de recourir au CDI que d'avoir un CPE/CNE.

Désormais, avec la suppression du minimum et un plafond de 3 et 4 mois, **l'essentiel des sommes obtenues pourra être récupérée par Pôle Emploi dans le cadre du différé d'indemnisation chômage, si le salarié retrouve du travail entre 6 mois et 2 ans après son licenciement²⁸ !**

Aucun salarié n'ira dépenser des frais d'avocats et s'engager **dans 1 à 5 ans de procédure**, si au final l'essentiel des sommes obtenues risque d'aller dans la poche de Pôle Emploi.

Quant aux salariés retrouvant du travail dans les 6 mois suivant le licenciement, ils peuvent s'attendre à des dommages et intérêts faibles puisqu'ils ont « rapidement » retrouvé du travail. Qui ira attaquer son employeur pour 1 à 2 mois de salaire, quand il faut engager des frais d'avocat et s'engager dans une longue procédure ?

Le risque contentieux devient donc inexistant pour l'employeur !

²⁸ Le plafond étant fixé entre 3 et 4 mois en fonction de la taille de l'entreprise, il sera rare de dépasser le plafond du différé d'indemnisation Pôle Emploi. Les sommes obtenues seront donc fortement ponctionnées.

Là où les CNE et CPE dispensaient l'employeur de fournir un motif de licenciement en payant, le gouvernement maintient cette obligation mais rend sa violation gratuite ! Le gouvernement veut donc réussir le tour de force de transformer tous les CDI en CNE et CPE. Seule différence, la « période d'essai » ne s'arrêtera pas !

Un vaste outil de contournement des CDD :

Les employeurs auront désormais intérêt à recruter en CDI **en ayant délibérément l'intention de violer le droit du licenciement**, plutôt que de recourir au CDD en cas de surcroît temporaire d'activité ou de besoin de remplacement.

En effet, en cas de recours au CDD, l'employeur est obligé de payer une **indemnité de précarité de 10 % au salarié** s'il ne propose pas la poursuite du contrat en CDI (L. 1243-8 du code du travail). Pour un contrat de 18 mois, cela représente 1,8 mois de salaire.

Avec le projet initial, il était manifestement plus rentable de recourir au CDI en décidant de le rompre sans motif que de payer l'indemnité de précarité : en dessous de 20 salariés, les dommages et intérêts forfaitaires étaient de 8,3 % au lieu d'une indemnité de précarité de 10 %.

Malgré l'amendement adopté (maximum de 3 mois de salaire en dessous de 20 salariés, 4 mois au-dessus), il reste plus avantageux de recourir au CDI, avec l'intention de le rompre pour un motif factice une fois le besoin de main d'œuvre passé.

En effet, comme indiqué précédemment, le risque contentieux pour l'employeur deviendra inexistant, **aucun salarié n'aura intérêt à saisir un conseil de prud'hommes dans le seul but d'enrichir Pôle Emploi**.

En bonus, il sera possible d'éviter les protections suivantes incluses dans le CDD :

- Obligation de justifier la rupture par une faute grave sous peine de devoir payer les salaires restant ;
- Nécessité de respecter des cas de recours précis pour utiliser le CDD (remplacement, surcroît temporaire d'activité, activité saisonnière ou usage) et impossibilité de pourvoir un emploi normal et permanent ;
- Période d'essai limitée en fonction de la durée du CDD contre 2 à 8 mois pour un CDI ;
- Période de carence à respecter entre 2 CDD,
- Sanction pénale en cas de recours illicite au CDD, indemnité de requalification d'un 1 mois de salaire minimum, ...

Au-delà du licenciement, tout le droit du travail est mis en cause

On a coutume de citer le Professeur Dupeyroux qui expliquait que « *Le droit du travail est une toupie dont la pointe n'est autre que la rupture du contrat* ».

Cette affirmation est justifiée dans la mesure où le salarié n'a intérêt à saisir la juridiction pour faire respecter ses droits que si l'enjeu est suffisant pour justifier les frais exposés.

Cela explique que les salariés ne saisissent quasiment jamais les juridictions pour obtenir le seul paiement d'heures supplémentaires, la seule annulation d'une sanction sans incidence – à court terme – sur le maintien dans l'entreprise, le respect du droit à la vie privée, etc.

Cette attaque brutale et frontale de l'indemnisation des licenciements aura donc des conséquences redoutables puisque les salariés ne seront plus en mesure de faire respecter leurs droits **car il ne sera plus rentable de saisir le Conseil de prud'hommes dans de nombreux cas.**

L'employeur pourra imposer n'importe quelle demande arbitraire, modification du contrat de travail ou sanction infondée au salarié, sous peine de licenciement !

La toupie risque de s'effondrer !

Une mesure qui s'intègre dans une politique de destruction du droit du travail sous prétexte d'efficacité économique

Ces trois dernières années le droit du travail aura été attaqué comme jamais.

En 2013, les droits des salariés ont été considérablement affaiblis :

- Diminution redoutable des délais de consultation des représentants du personnel pour tenter de les réduire à des chambres d'enregistrement notamment s'agissant des licenciements collectifs ;
- Diminution de la prescription qui passe de 5 à 2 ans pour l'exécution et la rupture du contrat et de 5 à 3 ans pour les rappels de salaire. La conséquence directe est qu'en cas de violation des dispositions relatives au temps partiel, au non-respect des salaires minimum légaux ou conventionnels, de non-paiement des heures supplémentaires, **les droits des salariés sont amputés de 2/5^e à 3/5^e !**
- Première tentative d'imposer un barème pour la conciliation à la demande du patronat. Au final, il s'agit d'un barème indicatif jugé tellement bas qu'il n'est jamais suivi. Le plafonnement actuel est encore en dessous !

En 2014, la convention assurance chômage mise en place organise la possibilité pour Pole Emploi de récupérer une partie des dommages et intérêts obtenus par les salariés aux prud'hommes (cf ci-dessus).

En 2015, on limite le droit à indemnisation des salariés injustement licenciés, on ouvre largement le travail le dimanche, et dans le cadre du projet Rebsamen on affaiblit considérablement la place et le rôle des instances de représentation du personnel (fusion des représentants du personnel en dessous de 300 salariés ce qui réduit le nombre d'élus, possibilité de tout fusionner par accord au-delà de 300 salariés, multiplication des consultations groupées sans respect des prérogatives des uns et des autres, ...).

Une telle politique est non seulement injuste socialement mais économiquement inefficace. En dépit des discours martelés par le MEDEF, « *l'assouplissement* » du licenciement et la destruction des droits n'a jamais eu pour effet de favoriser l'emploi²⁹.

²⁹ Voir par exemple : *The changing nature of jobs*, OIT p. 113 à122 ; Simon DEAKIN*, Jonas MALMBERG** et Prabirjit SARKAR, Droit du travail, chômage et part salariale : l'expérience de six pays de l'OCDE, 1970-2010 Revue internationale du Travail, vol. 153 (2014), no 1

En conclusion :

On est bien loin de la mesure claquée sur la jurisprudence sans incidence concrète sur le contentieux social promise par les rapporteurs de la Commission Spéciale de l'Assemblée Nationale. Les salariés victimes de licenciements injustifiés risquent d'en faire cruellement les frais, sans évoquer l'onde de choc provoquée par l'impunité relative accordée aux employeurs lorsqu'ils prononcent la mesure la plus grave susceptible d'affecter la relation de travail. Ce sont l'ensemble des droits des salariés passant du droit à avoir une vie personnelle sur son lieu de travail au droit de refuser des modifications unilatérales du contrat de travail s'agissant par exemple du travail dominical, qui risquent d'être mises en cause.