

INTRODUCTION

LE RÔLE CONTRASTÉ DE LA JURISPRUDENCE EN MATIÈRE DE LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE

ALLISON FIORENTINO

Maître de Conférences à l'Université de Clermont Auvergne
Centre de recherche Michel de L'Hospital (EA 4232)

ROCHELLE LE ROUX

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Cape Town (UCT)
Directrice de l'Institute of Development and Labour Law

C

ette étude propose une analyse comparative des lois et pratiques relatives au droit du licenciement pour motif économique. L'accent sera mis sur les instruments internationaux (principalement la Convention 158 et les Recommandations 119 de 1963 et 166 de 1982 de l'Organisation internationale du travail (OIT), régionaux (la Directive de l'Union européenne sur les licenciements collectifs - Conseil Directive 98/59/CE du 20 juillet 1998) et sur plusieurs droits nationaux.

L'expression « licenciement économique » semble être la plus couramment utilisée pour décrire les licenciements fondés sur des exigences opérationnelles de l'employeur. Cependant, cette pratique n'est nullement universelle et, dans certains pays, le motif économique est considéré comme l'une des nombreuses raisons opérationnelles qui justifieraient un licenciement. Dans certains pays, par exemple en Afrique du Sud, le terme « réduction des coûts » est utilisé pour désigner, du moins de manière familière, tous les licenciements relatifs aux exigences opérationnelles de l'employeur. Ces termes seront utilisés indifféremment dans cette analyse.

En Autriche, la loi elle-même n'utilise pas de terme spécifique pour désigner le licenciement pour des raisons économiques. Toutefois, en cas de licenciement pour des raisons opérationnelles ou pour des besoins commerciaux, le tribunal peut examiner si le licenciement était effectivement nécessaire ou s'il aurait été possible de transférer le travailleur sur un autre poste⁰¹. Si le tribunal a décidé que la mesure n'était pas nécessaire, le licenciement peut être considéré comme « injuste ». À cet égard, une comparaison peut être faite avec le droit canadien dans lequel il n'existe pas de dispositions légales régissant les raisons économiques du licenciement. Mais la législation fédérale canadienne et deux lois provinciales sur le travail (Québec et Nouvelle-Écosse) prévoient un recours en matière de protection de l'emploi permettant à un salarié ayant une certaine ancienneté de contester un licenciement « injuste ». Cette protection juridique peut être utilisée comme moyen de contrôler *a posteriori* le motif du licenciement. Les salariés licenciés pour motif économique ont utilisé ces lois pour contraindre l'employeur à démontrer devant

01 OCDE, Austria, Regulations in force on 1 January 2013, <https://www.oecd.org/els/emp/Austria.pdf>

les tribunaux que les raisons économiques avancées étaient bien la véritable cause de la rupture de la relation de travail. De même, en vertu de la loi fédérale, l'employeur peut être tenu de fournir une justification économique du licenciement et une explication raisonnable du choix des salariés licenciés. Si l'employeur omet de produire cette preuve, le licenciement sera jugé injuste⁰².

Dans certains pays, le licenciement pour motif économique est reconnu mais défini en des termes extrêmement brefs. Par exemple, en Hongrie, le licenciement est possible pour une raison «en relation avec les opérations de l'employeur»⁰³. A l'extrême se trouve l'exemple de l'Uruguay. Une vieille loi de 1944 toujours en vigueur⁰⁴, indique seulement que les salariés licenciés ont droit à une indemnité de départ. Cependant, dans le cadre d'une recherche sur les débats parlementaires, un auteur, Plá Rodriguez, a apporté la preuve qu'il s'agissait d'une mesure législative afin d'éviter les licenciements collectifs de masse qui étaient monnaie courante à ce moment là. Cependant, ni le législateur ni la jurisprudence n'ont ultérieurement défini le motif économique ou créé une obligation spécifique relative à la charge de l'employeur. Seule une partie de la doctrine milite pour la reconnaissance explicite d'un motif économique de licenciement⁰⁵.

D'autres pays sont beaucoup plus stricts dans la définition du motif économique ; même s'ils n'utilisent pas cette expression, ils énumèrent les causes valables de licenciement, parmi lesquelles, certaines sont d'ordre économique. C'est le cas en Bulgarie dont le Code du travail définit strictement les causes du licenciement. Parmi ces raisons valables, plusieurs d'entre elles peuvent être considérées comme économiques. Le licenciement est possible après la fermeture totale ou partielle de l'entreprise en cas de réduction du volume de travail ou de ralentissement économique pendant plus de 15 jours ouvrables⁰⁶.

C'est également le cas en Estonie. Les motivations économiques sont strictement définies par la loi et un article autorise : « l'annulation extraordinaire du contrat de travail par l'employeur pour des raisons économiques »⁰⁷. En vertu de ce texte un employeur peut rompre un contrat de travail à titre exceptionnel si le maintien de la relation de travail aux conditions convenues devient impossible en raison d'une diminution du volume de travail, de la réorganisation du travail ou de tout autre arrêt de travail. Le chômage technique est également possible et entraîne à titre exceptionnel la rupture d'un contrat de travail en cas de la cessation des activités de l'employeur, de la déclaration de la faillite de l'employeur ou de la clôture de la procédure de faillite, ou, sans procédure de faillite, en cas de diminution de la production.

La jurisprudence joue parfois un rôle très important. En effet, il lui arrive de compléter la définition juridique du motif économique. Par exemple, en France, un licenciement est considéré comme

02 Voir dans cette revue la contribution de I. Martin et G. Vallée.

03 Article 66 du Code du travail. Une traduction en anglais est disponible http://www.1x1forditoiroda.hu/Act_1_of_2012_on_the_Labor_Code.pdf

04 Loi n°10489 du 6 juin 1944.

05 Voir dans cette revue, l'article de H. Barretto Ghione.

06 Art. 321(1) du Code du travail. Pour une traduction en anglais : https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:XrZRMj7BJ4MJ:https://www.mlsp.government.bg/ckfinder/userfiles/files/TPOOUT/EN_TPOOUT%253DNORMATIVE%2520DOCUMENTS/Labour_Code.doc+&cd=5&hl=fr&ct=clnk&gl=fr&client=firefox-b. Voir également V. Kirov, "Managing Restructuring in Bulgaria. Innovation and learning after the financial crisis", *IRENE Policy Paper* N°4/2014, <http://responsible-restructuring.eu/wp-content/uploads/2014/10/Irene-Policy-paper-No-4-Bulgaria-copy.pdf>.

07 Article 89 de la loi sur les contrats de travail (Töölepingu seadus). Pour une traduction en anglais <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/ee/Riigikogu/act/505052017002/consolide>.

LE LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE

économique⁰⁸ si la suppression de poste (ou le refus par le salarié de la modification de son contrat) est consécutive à des difficultés économiques, à des changements technologiques, à la réorganisation de l'entreprise afin de sauver sa compétitivité, ou à la fermeture de l'entreprise. Les deux dernières causes économiques ont été créées par le juge. Elles sont le résultat d'une jurisprudence constante depuis plus de vingt ans pour ce qui est de la réorganisation et au moins quinze ans pour la fermeture⁰⁹. En 2016, une loi¹⁰ a modifié la définition légale du motif économique, et ces deux dernières causes économiques (réorganisation et fermeture de l'entreprise) ont été insérées dans le Code du travail. C'est également le cas en Hongrie, où le juge a décidé que la raison « en relation avec les opérations de l'employeur » comprend la restructuration, le chômage technique et la liquidation d'une unité (usine, site)¹¹.

Le droit du licenciement économique a été initialement développé dans un contexte de croissance économique pour tenir compte de la nécessité pour les employeurs d'être innovants et réactifs à la concurrence. Ce n'était pas alors un moyen d'assurer la survie à court terme de l'entreprise et il était facile pour les salariés licenciés de trouver un autre emploi, ce qui n'est plus du tout le cas aujourd'hui. Le droit du licenciement s'est par la suite développé en partant du principe que les employeurs sont les mieux placés pour savoir comment gérer leur entreprise et que la capacité des tiers d'interférer avec la décision de l'employeur de réduire ses effectifs devrait être limitée. Ceci est très bien illustré par la Recommandation 119 (depuis remplacée par la Recommandation 166) qui prévoit que tout pouvoir d'un organisme impartial comme un tribunal pour décider du caractère abusif d'un licenciement économique « ne devrait pas être interprété comme signifiant que l'organisme impartial devrait être habilité à intervenir dans la détermination quantitative des effectifs de l'entreprise, de l'établissement ou du service »¹². Cela est à nouveau confirmé par le paragraphe 12 qui souligne que les mesures visant à éviter le licenciement ou à minimiser les réductions d'effectifs ne devraient pas causer de « préjudice au fonctionnement efficace de l'entreprise, de l'établissement ou du service ». Une notion semblable est insérée à l'article 19 de la Recommandation 166. À cet égard l'article 9 paragraphe 3 de la Convention 158 prévoit que les organismes impartiaux devront être habilités à décider si le licenciement économique est intervenu véritablement pour un tel motif, « étant entendu que l'étendue de leurs pouvoirs éventuels pour décider si ces motifs sont suffisants pour justifier ce licenciement sera définie par les méthodes d'application mentionnées ». Bien que l'examen de la jurisprudence nationale suggère une forte autonomie des tribunaux lors de l'examen du caractère équitable d'une procédure de licenciement, il semble que les tribunaux, évitent parfois de questionner la validité de la décision de réduire les effectifs. Ceci est bien illustré par la contribution sur la situation en Hongrie, où la législation semble fournir une certaine latitude aux tribunaux de s'interroger sur le motif de licenciement. Néanmoins, les juges ont choisi de suivre une approche toute « en douceur » pour évaluer les raisons de fond motivant un licenciement économique car une telle décision est considérée comme relevant de la compétence de l'employeur. La contribution relative à la position en Afrique du Sud donne à penser que c'est un cas particulier car les tribunaux sud-africains suivent une approche plus intrusive.

Un autre exemple d'immixtion des tribunaux dans la décision de licencier de l'employeur peut être trouvé dans le droit français. Même si la jurisprudence a reconnu l'employeur comme seul juge de l'opportunité économique de la rupture¹³, la législation a introduit beaucoup de règles sur les

08 Article L. 1233-3 du Code du travail français.

09 A. Sauret, « La loi Travail élargit la définition du motif économique de licenciement », *Gazette du Palais* 2017, n° 10, p.66. Voir aussi dans cette revue l'article de S. Ranc sur le droit français.

10 L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

11 Voir dans cette revue l'article de T. Gyulavari sur la Hongrie.

12 Article 5.2 Recommandation 119.

13 C'est un arrêt assez ancien dans lequel la Cour de cassation a décidé qu'il n'incombait pas au juge d'examiner

motifs économiques qui les rendent plus difficiles. Le juge français a ainsi considéré que les difficultés économiques doivent être réelles: en conséquence, il est illégal, selon une jurisprudence constante depuis 1999, d'éliminer des emplois uniquement pour des raisons de rentabilité.

Autre exemple : le niveau d'appréciation des difficultés économiques et des exigences de compétitivité lorsque l'entreprise appartient à un groupe. Les exemples sont en effet nombreux, de groupes est en plein essor, mais dans lesquels les emplois sont supprimés dans une filiale, un établissement, une ligne de production, un département, une zone géographique, etc. Le juge français, dans un célèbre arrêt Videocolor de 1995¹⁴, a reconnu que le cadre d'évaluation du motif économique doit être celui du secteur d'activité du groupe. Le grand problème pour certains employeurs dont l'entreprise appartient à un groupe est qu'ils ne peuvent pas communiquer d'informations à ce sujet parce que le groupe refuse de les leur transmettre.

De plus, en raison de la fermeture très médiatisée de sites français appartenant à des groupes internationaux, des approches spécifiques ont été développées en cas de fermeture de l'entreprise. Selon les arrêts JFH du 18 janvier 2011¹⁵ et Goodyear du 1er février 2011¹⁶, l'employeur ne peut pas soulever une « raison économique » si la cessation de l'activité résulte de « choix stratégiques décidés au niveau du groupe sans difficultés économiques du secteur d'activité du groupe ».

Cette volonté de rendre le licenciement économique moins aisé se retrouve dans la jurisprudence espagnole. La Loi 3/2012, du 6 juillet 2012 sur les mesures urgentes pour réformer le marché du travail a modifié la définition du motif économique de licenciement. Il s'agit d'une volonté du législateur de limiter le pouvoir d'appréciation du juge¹⁷. Jusqu'à la réforme du marché du travail de 2012, la doctrine et la jurisprudence avaient estimé que l'utilisation de mesures drastiques, telles que les licenciements pour des raisons liées à l'entreprise, ne devraient être possibles qu'en l'absence d'alternatives moins nocives pour les travailleurs concernés, telles que la modification substantielle des conditions de travail, la mobilité géographique ou la suspension du contrat. Avec la loi du 6 juillet 2012, le législateur a clairement voulu réduire la marge d'appréciation des juges. En quelque sorte, il a tenté de les priver de la compétence qui leur est dévolue dans un Etat de droit, notamment en adoptant une définition plus large de la cause du motif économique. En éliminant toute exigence réelle de motivation de la décision patronale, le législateur espagnol a voulu libérer l'employeur de l'obligation d'indiquer la réalité et la gravité de la cause du licenciement¹⁸. Mais il semble que les juges aient refusé de se plier à la volonté du législateur. En effet, les tribunaux ont réintroduit leur jurisprudence ancienne et exigent toujours que l'employeur prouve le caractère raisonnable du licenciement économique. Plusieurs décisions peuvent être citées¹⁹, mais la plus emblématique d'entre elles semble être l'arrêt de la Cour suprême du 17 juillet 2014 (Ar. 5743), selon lequel devrait être exclues, comme dépourvues

la pertinence des décisions économiques de l'employeur. Cass. Soc. 8 décembre 2000, n° 97-44.219.

14 Cass. soc., 5 avril 1995, n° 93-42.690.

15 Cass. Soc. 18 janvier 2011, n° 09-42451.

16 Cass. Soc. 1^{er} février 2011, n°10-30.045 ; 10-30.046 ; 10-30.047 ; 10-30.048.

17 Voir A. Guaman Hernandez et O. Leclerc, « Se réformer pour mieux s'adapter ? Le droit du travail espagnol face à la crise économique », *Droit ouvrier*, n°763, 2012, pp. 118-123 ; O. Leclerc et A. Guaman Hernandez, «Abécédaire comparé de l'Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013. Vers un lexique commun des réformateurs en Europe ? », *Revue de droit du travail*, n°3, 2013, pp. 204-211 ; A. Guaman Hernandez, « Les pouvoirs du juge social en Espagne : variations, innovations et résistances », *Droit ouvrier*, n°796, 2014, pp. 719-723.

18 J. L. Gil Y Gil, « Espagne, Actualités », *Revue De Droit Comparé Du Travail Et De La Sécurité Sociale* - 2015/2, p. 144.

19 Arrêts de la Cour suprême du 18 février, 26 mars et 17 juillet 2014 (Ar. 3268, 2778 et 5743) et décisions de la Cour nationale du 28 septembre, 15 octobre, 21 novembre and 18 décembre 2012 (Ar. 2515, 2/2013, 2409/2013 et 1036/2013) ou du 4 avril et 4 juillet 2013 (Ar. 1816 et Prov. 235651).

LE LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE

de caractère raisonnable, les décisions de l'employeur qui présentent une disproportion manifeste entre le but poursuivi et les sacrifices imposées aux travailleurs²⁰.

La Recommandation 119 de l'OIT vise simplement un licenciement en raison de la réduction des effectifs sans aborder les raisons de cette opération. Cependant, la Recommandation 166 et la Convention 158 de l'OIT sont plus précises et indiquent que les dispositions sur le licenciement économique s'appliquent lorsqu'il y a une réduction des effectifs « pour des raisons de nature économique, technologique, structurelle ou similaire ». Cela implique que si l'employeur a le pouvoir de décider une réduction des effectifs, il ne peut prendre cette décision pour une raison quelconque. Cependant, l'adjonction de la formule « ou de nature similaire » offre potentiellement une grande latitude aux employeurs. À cet égard une question intéressante, abordée dans la contribution relative à l'Afrique du Sud, est de savoir si la nécessité de réaliser l'équité salariale, telle que requise par la loi peut être considérée comme une exigence opérationnelle. Néanmoins, l'utilisation de cette terminologie n'est pas universelle. Par exemple, en Australie l'essentiel est de savoir si l'employeur a toujours besoin du travail accompli par le salarié. Comme on aurait pu s'en douter et comme l'illustre la contribution relative à l'Australie, cette formulation soulève également des questions.

Bien que remplacée depuis, il est utile de revenir sur la Recommandation 119 de l'OIT car elle introduit beaucoup de notions qui sont maintenant considérées au niveau national et international comme étant l'essence du droit du licenciement juste ; ainsi en est-il d'un préavis suffisant, d'une consultation préalable des syndicats, de mesures alternatives visant à minimiser ou à éviter une réduction de l'effectif, de critères de sélection « précis », de priorité de réembauche et du paiement d'un revenu de protection tel que l'indemnité de départ. Alors que la Recommandation ne mentionnait aucun chiffre précis, elle prenait néanmoins en compte l'impact possible de licenciements massifs en prévoyant la notification à une autorité publique lorsqu'un grand nombre de salariés devait être licenciés. Rien de tel ne figure dans la Recommandation 166 ; mais l'article 13, paragraphe 2, de la Convention 158 stipule que l'application des principes de procédure visés par la Convention concernant les licenciements soit limitée, par des lois nationales, aux entreprises où « le nombre des travailleurs dont le licenciement est envisagé atteint au moins un nombre déterminé ou un pourcentage déterminé du personnel ». La directive 98/59 de l'UE reprend cette même idée.

Dans la plupart des pays où des dispositions particulières s'appliquent au cas des licenciements à grande échelle, il s'agit de mettre l'accent sur des questions de procédure, sur la nature et, en particulier, sur le moment de l'obligation de consulter. Dans le cas de l'Afrique du Sud, où les lois sont influencées par les conventions de l'OIT, l'application de dispositions spéciales aux licenciements à grande échelle dépend des effectifs de l'entreprise et du nombre de salariés concernés ; le seuil de déclenchement de ces dispositions spéciales correspond au projet de licenciement d'au moins dix salariés, lorsque l'entreprise emploie au moins 50 salariés, étant inclus dans le calcul, le nombre de licenciements prononcés l'année précédente. En Afrique du Sud, alors que des exigences supplémentaires s'appliquent en cas de licenciements à grande échelle, les obligations ne diffèrent pas beaucoup de celles qui s'appliquent dans le cas de licenciements de moindre ampleur. Par exemple, dans les deux cas, la notion de motif économique est la même et dans les deux cas, l'employeur a l'obligation de consulter. Toutefois, dans le cas de licenciements à grande échelle, des périodes très précises sont prévues pour la consultation ; tandis que dans le cas de licenciements à petite échelle, l'employeur est autorisé à décider du moment de la consultation. C'est une solution similaire qui préside en Grande-Bretagne où une procédure parallèle s'applique en cas de licenciement pour motif économique non collectif, étant entendu que dans ce cas, la procédure a son origine dans le droit prétorien et non dans la loi. La directive européenne prévoit une échelle coulissante similaire qui s'applique sur une certaine période et offre deux options :

20 Voir également J. L. Gil Y Gil, "Strengthening the power of dismissal in recent labor reforms in Spain", *Comp. Lab. L. & Pol'y J.*, 2014, pp. 413-448.

1 - soit le nombre de licenciements est calculé sur une période de 30 jours et représente :

- au moins 10 salariés dans les établissements employant habituellement au moins 20 et au plus 100 travailleurs,
- au moins 10 % du nombre de travailleurs dans les établissements employant habituellement plus de 100 et moins de 300 salariés,
- au moins 30 salariés dans les établissements qui emploient habituellement au moins 300 travailleurs,

2 - ou bien, le nombre de licenciements envisagé sur une période de 90 jours est au moins de 20, quels que soient les effectifs habituels dans les établissements en question. Au Royaume-Uni, le législateur a choisi d'appliquer la Directive européenne, lorsque l'employeur envisage de licencier au moins 20 salariés sur une période de 90 jours au plus²¹.

D'autres pays européens ont fait des choix différents concernant le seuil à partir duquel l'employeur doit se conformer à la procédure de licenciement collectif. Cependant, l'idée essentielle est la même: en deçà d'un certain seuil, il y a peu ou pas d'obligation procédurale. Au-delà, une procédure plus complexe doit être suivie. Par exemple, en France, contrairement au licenciement individuel, un licenciement est collectif lorsque l'employeur prévoit de renvoyer au moins deux salariés pour des raisons économiques. Il existe deux catégories de licenciements collectifs avec différents schémas:

-« les petits licenciements collectifs », lorsque l'employeur a l'intention de licencier deux à neuf salariés pour des raisons économiques au cours de la même période de 30 jours²² ;

-« les grands licenciements collectifs », lorsque l'employeur a l'intention de licencier pour des raisons économiques plus de neuf salariés durant la même période de 30 jours²³.

En Autriche, les employeurs ont des obligations procédurales lorsqu'ils ont l'intention de licencier :

- cinq salariés dans des entreprises ayant entre 21 et 99 salariés,
- au moins 5 % de la main-d'œuvre dans les entreprises employant entre 100 et 600 salariés.
- au moins 30 salariés dans les entreprises comptant plus de 600 salariés,
- au moins 5 salariés âgés de 50 ans, indépendamment de la taille de l'entreprise, sur une période de 30 jours²⁴.

En Belgique, un employeur doit planifier le licenciement d'au moins 10 salariés sur une période de 60 jours pour tomber sous le coup de la législation nationale sur les licenciements collectifs²⁵. Plus précisément, les employeurs ont des obligations lorsqu'ils ont l'intention de licencier²⁶:

- 10 travailleurs dans les entreprises ayant entre 20 et 99 salariés.
- 10 % de la main-d'œuvre dans les entreprises ayant entre 100 à 299 salariés.
- 30 travailleurs dans les entreprises de plus de 300 salariés.

Pour les autres pays, la jurisprudence a parfois décidé de définir un seuil spécifique en l'absence de disposition législative. L'un des meilleurs exemples est le Brésil. Il n'existe aucune disposition légale sur le licenciement économique. Toutefois, le tribunal supérieur du travail a décidé, en 2009, que des

21 Voir dans cette revue, l'article de P. Lorber sur cette règle.

22 Articles L 1233-8 et suivants du Code du travail.

23 Articles L 1233-21 et suivants du Code du travail.

24 Loi sur la promotion du marché du travail (*Arbeitsmarktförderungsgesetz*), art. 45 a.

25 Loi du 13 février 1998 portant des dispositions en faveur de l'emploi, art. 62-70.

26 Les conventions collectives sectorielles peuvent fixer des seuils inférieurs à ceux-ci.

LE LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE

négociations entre les partenaires sociaux doivent précéder un licenciement collectif²⁷. Cette décision a été réitérée²⁸, mais il fut précisé que les négociations concernent uniquement les licenciements de plus de 50 salariés.

La consultation est l'élément de base de l'équité procédurale. La question la plus délicate est de déterminer le moment où débute la consultation. L'article 20 de la Recommandation 166 prévoit que « l'employeur qui envisage d'introduire, dans la production, la programmation, l'organisation, la structure ou les techniques, des changements importants de nature à entraîner des licenciements devrait consulter les représentants des travailleurs le plus tôt possible, notamment sur l'introduction de ces changements, leurs effets potentiels et les mesures permettant de prévenir ou de limiter les effets défavorables de ces changements ». L'article 13 de la Convention 158 indique simplement que la consultation devrait débiter lorsque l'employeur envisage le licenciement « pour des raisons de nature économique, technologique, structurelle ou similaire ». L'article 2 de la Directive européenne prévoit pour sa part que « lorsqu'un employeur envisage d'effectuer des licenciements collectifs, il doit entamer des consultations avec les représentants des travailleurs en temps utile en vue de parvenir à un accord »²⁹. Déterminer le moment précis pour commencer la consultation s'est avéré problématique, mais il est évident que cela doit débiter assez tôt pour que les préconisations issues des consultations puissent encore modifier les événements. Il n'en reste pas moins difficile de concrétiser cela, comme en témoigne la contribution sur le Royaume-Uni qui illustre la difficulté à définir la signification du terme « envisager » et les complications rencontrées lorsqu'une juridiction nationale ne respecte pas le libellé exact de la directive.

On peut se demander quel est le but recherché de la consultation dans ce contexte ? La contribution du Royaume-Uni montre que, alors que le consensus est un idéal, la décision finale sur l'opportunité de licencier pour motif économique appartient à l'employeur et que la consultation ne s'apparente pas à de la négociation telle qu'elle est pratiquée en matière de négociation collective. Cela est également illustré par la contribution relative à l'Australie démontrant que les tribunaux ont considéré que la consultation n'implique pas un droit de veto.

Alors qu'un consensus n'est pas toujours possible, l'idée qui domine tous les instruments internationaux, est que la consultation devrait néanmoins se concentrer sur les moyens d'éviter les licenciements et d'atténuer les effets néfastes de ces suppressions d'emploi. Cela inclut de chercher d'autres emplois au sein de l'entreprise. La contribution relative au droit Sud-africain illustre la nécessité de procéder de la sorte et les conséquences si l'employeur ignore l'existence d'emplois de reclassement au sein de son entreprise. Cette analyse met en exergue (Afrique du Sud) en outre les liens étroits existant entre le droit substantiel et la procédure en cas de licenciements pour motif économique. Tandis que presque tous les instruments internationaux et législations nationales soulignent l'importance des exigences procédurales, le but ultime de toutes ces exigences est de s'assurer qu'aucun licenciement qui aurait pu être évité, n'ait lieu.

Même si la législation nationale est muette sur l'obligation de consulter et d'essayer d'éviter le licenciement, la jurisprudence impose à l'employeur des charges similaires. On trouvera un exemple tout à fait unique dans le droit japonais³⁰. Le Japon est connu pour sa pratique d'emploi à long terme,

27 Cour Supérieure du Travail, décision TST-RODC-30900-12.2009.5.15.0000.

28 Cour Supérieure du Travail, décision TST-RO-173-02.2011.5.15.0000.

29 Pour la CJUE, c'est un point très important comme illustré dans l'arrêt C-188/03 *Junk c/Kühnel* [2005] ECR I-885.

30 Voir l'article dans cette revue de Toshiharu Suzuki et également T. Araki, "A comparative analysis: corporate governance and labor and employment relations in Japan", *Comp. Lab. L. & Pol'y J*, 2000, pp. 67-95. Du même auteur, "A comparative analysis of security, flexibility, and decentralized industrial relations in Japan", *Comp. Lab. L. & Pol'y J*, 2007, pp. 444-454. D. Kettler, C. T. Tackney, "Light from a dead sun: the Japanese lifetime employment system and Weimar labor law", *Comp. Lab. L. & Pol'y J*, 1997, pp. 1-41; M. H. Kim, "All or nothing: the employment security laws of Japan and the United States", *B.U. Int'l L.J.*, 2016, pp. 415-451.

qui fournit aux salariés un haut degré de sécurité de l'emploi. Cependant le législateur n'a pas adopté de lois pour protéger le travail du salarié. Tout au contraire, le licenciement est possible sans motif valable aussi longtemps que l'employeur verse la moindre indemnité. Dans les années 70, durant la récession économique, la jurisprudence a décidé de protéger l'emploi des salariés à l'aide d'un article du Code civil qui interdit l'abus de droit. En se fondant sur cette seule disposition, le juge japonais estime qu'un licenciement économique doit être déclaré nul parce qu'abusif si l'employeur décide de licencier pour une raison économique sans consultation appropriée des syndicats et sans essayer de trouver des alternatives.

Parfois, la loi va plus loin et encourage, voire oblige l'employeur à conclure un plan social pour limiter les effets du licenciement collectif. Par exemple en Autriche³¹, si les changements prévus dans l'entreprise (tels que fusion, changement de la finalité de l'entreprise, provoquent des conséquences négatives pour l'ensemble ou un nombre considérable de salariés dans les entreprises comptant en permanence au moins 20 salariés, un plan social peut être conclu pour éviter, réduire ou éliminer les effets négatifs pour les salariés. Ce plan social n'est pas obligatoire. Il fait partie des accords collectifs (*Betriebsvereinbarung*) pouvant être conclus entre l'employeur et le comité d'entreprise ; mais si les parties ne parviennent pas à s'entendre, le comité d'entreprise peut renvoyer l'affaire devant une commission de médiation et d'arbitrage public. La décision de cette commission est impérative et doit être mise en œuvre.

En France, si les entreprises d'au moins 50 salariés ont l'intention de procéder au licenciement pour motif économique d'au moins 10 salariés sur 30 jours, elles sont obligées de respecter un plan appelé Plan de sauvegarde de l'emploi (PSE ci-après). Le but d'un PSE est de définir et mettre en œuvre un ensemble de moyens et de mesures pour éviter, autant que possible, des licenciements, qui ne devraient être décidés qu'en ultime recours. L'employeur peut établir le PSE de deux façons, soit en négociant avec les syndicats représentatifs une convention collective majoritaire, soit en déterminant unilatéralement le contenu du PSE, tout en respectant les procédures de consultation des organes représentatifs du personnel.

L'article 14 de la Convention 158 prévoit que « lorsque l'employeur envisage des licenciements pour des motifs de nature économique, technologique, structurelle ou similaire, il devra, conformément à la législation et à la pratique nationale, les notifier à l'autorité compétente aussi longtemps à l'avance que possible, en lui donnant les informations pertinentes, y compris un exposé écrit des motifs de ces licenciements, du nombre et des catégories de travailleurs susceptibles d'être affectés et de la période au cours de laquelle il est prévu d'y procéder ». Une exigence semblable figure à l'article 3 de la Directive européenne. La notification à une autorité publique d'un licenciement imminent ne semble pas être largement pratiquée. Cette exigence figure en droit néerlandais où une autorité administrative doit tout d'abord établir si les dispositions légales ont été respectées, si les emplois doivent être véritablement supprimés et si une offre de reclassement chez le même employeur n'est pas possible. Dans la plupart des autres pays, l'intervention administrative telle que prévue dans le cas des Pays-Bas n'existe pas, cette fonction est assurée par les obligations de consultation préalable de licenciement et par les tribunaux.

En France cependant, l'autorité administrative joue un rôle important pendant la procédure de licenciement. Pour les licenciements de deux à neuf salariés, l'autorité administrative n'est informée que des licenciements. Par contre, lorsque l'employeur prévoit de licencier au moins 10 salariés et que l'entreprise emploie au moins 50 salariés, le rôle de l'administration est beaucoup plus actif. Par exemple, elle peut soumettre toute proposition visant à compléter ou modifier le plan de sauvegarde de l'emploi (PSE). Si l'administration refuse de valider le PSE, les licenciements prononcés sont nuls³².

31 *Arbeitsverfassungsgesetz* (Loi constitutionnelle du travail) art. 109.

32 Article L. 1233-39 du Code du travail.

LE LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE

En Grèce, la situation est encore plus sévère à l'égard de l'employeur. En effet, la loi grecque n°1387/1983 prévoit que le ministre du travail peut refuser d'autoriser une partie ou la totalité des licenciements prévus. La législation prévoit en outre que le ministre devrait tenir compte des conditions du marché du travail, de la situation de l'entreprise et des intérêts de l'économie nationale. Si aucune autorisation n'est donnée, il n'y aura pas de mesures de licenciement. Jusqu'en 2012, c'était aussi le cas en Espagne; le licenciement collectif était soumis à autorisation administrative. Depuis la loi du 6 juin 2012, l'administration ne peut faire que des recommandations non contraignantes³³.

Une distinction s'impose entre l'indemnité de départ et la rémunération versée pour un licenciement économique effectué d'une manière déloyale ou illicite. Par exemple, les contributions sur l'Afrique du Sud, l'Australie et les Pays-Bas, illustrent le cumul possible d'une indemnité de départ et d'une compensation due si l'employeur a agi de façon répréhensible ou injuste. La Convention 158 de l'OIT comme la Directive européenne exigent qu'une indemnité de départ soit versée, mais aucune ne fournit des indications sur la finalité recherchée. La Directive prévoit simplement que les parties doivent consulter sur « la méthode de calcul des indemnités de licenciement dans la mesure où les législations et/ou pratiques nationales en attribuent la compétence à l'employeur »³⁴. Quant à la Convention 158, elle prévoit qu'« un travailleur licencié aura droit, conformément à la législation et à la pratique nationale :

-soit à une indemnité de départ ou à d'autres prestations similaires dont le montant sera fonction, entre autres, de l'ancienneté et du niveau de salaire et qui seront versées directement par l'employeur ou par un fonds constitué par des cotisations des employeurs ;

-soit à des prestations d'assurance-chômage ou d'assistance aux chômeurs ou à d'autres prestations de sécurité sociale, telles que les prestations de vieillesse ou d'invalidité, aux conditions normales ouvrant droit à de telles prestations ;

-soit à une combinaison de ces indemnités et prestations »³⁵.

L'article précité qui n'est pas un modèle de clarté semble en outre suggérer qu'un salarié a toujours le droit à la cessation de son emploi, soit de recevoir une indemnité de départ, soit d'avoir droit à une forme de paiement de sécurité sociale. En d'autres termes, les deux ne sont pas requis. La plupart des contributions suggère qu'une prestation pour cessation d'emploi est considérée comme transitoire et versée afin d'aider le salarié à la recherche d'un nouvel emploi et est prévue dans la plupart des lois, à l'exception flagrante des États-Unis où l'indemnité de départ repose sur un accord privé. La contribution sur le droit australien fournit un excellent exemple de la façon dont l'influence combinée du droit international, de l'activisme jurisprudentiel et, de la législation joue pour assurer le paiement des indemnités en cas de licenciement. Cependant dans d'autres pays, en plus des allocations de chômage, les salariés licenciés peuvent prétendre à une indemnité spéciale. En Belgique, par exemple, le montant de cette indemnité est égal à la moitié de la différence entre le salaire net et le montant des allocations de chômage, et est plafonné à 3.273,00 € (1^{er} juin 2016)³⁶.

33 Loi 3/2012 du 6 juin sur les mesures urgentes de réforme du marché du travail, art. 18.3. Cependant, des observateurs européens ont conclu que ce n'était pas nécessairement au bénéfice des employeurs. En effet, le coût réel d'un licenciement est plus incertain en l'absence d'autorité administrative. En outre, les salariés qui contestent leur licenciement sont plus susceptibles d'obtenir gain de cause devant les tribunaux qui déclarent volontiers la procédure et les licenciements postérieurs nuls. *European Monitoring Centre on Change*, "Spain: Public authorities information and consultation on dismissals", May 2017; <https://www.eurofound.europa.eu/observatories/emcc/erm/legislation/spain-public-authorities-information-and-consultation-on-dismissals>.

34 Article 2(3)(vi) Directive 98/59.

35 Article 12 Convention 158.

36 C.C.T. n° 10 du 8 mai 1973, conclue au sein du Conseil National du Travail, relative aux licenciements collectifs.

En Bulgarie, il n'existe en principe aucun droit général à une indemnité de départ sauf dans trois cas dont le licenciement économique³⁷. Selon l'article 222 (1) du Code du travail, le salarié licencié pour motif économique peut prétendre à une compensation de son employeur égale à la rémunération brute du travailleur pour la période de chômage et plafonnée à un mois. Une compensation pour une période plus longue peut être prévue par une convention collective ou par le contrat de travail. Si le salarié trouve un autre emploi avec un salaire moindre pendant la « période d'indemnisation », il doit simplement recevoir la différence.

En France, le montant de l'indemnité de licenciement est le même, quel que soit le motif du licenciement (personnel ou économique). Tout salarié licencié en France peut obtenir une indemnité s'il dispose d'un an de service et n'a pas commis de faute grave. Le montant de la compensation est de 1/5^{ème} de mois de salaire par année de service; ou plus 2/15 de mois par année d'ancienneté au-delà de 10 ans³⁸.

Lorsqu'un licenciement devient inévitable, la sélection des salariés qui doivent être licenciés devient une question importante et devrait être mise à l'ordre du jour de la consultation. À cet égard, les employeurs sont souvent écartelés entre leur souhait de préserver les salariés ayant une grande ancienneté et la nécessité de conserver des compétences souvent associées aux plus jeunes membres du personnel. En outre, il faut s'assurer que les critères de sélection ne méconnaissent pas la législation antidiscriminatoire. L'article 23 de la Recommandation 166 reflète en partie cette tension et prévoit que «la désignation par l'employeur des travailleurs qui doivent être licenciés pour des motifs de nature économique, technologique, structurelle ou similaire devrait s'opérer selon des critères établis autant que possible à l'avance, qui tiendraient dûment compte aussi bien des intérêts de l'entreprise, de l'établissement ou du service que de ceux des travailleurs »³⁹.

Au plan international, le moyen privilégié de sélection est fondé sur le principe du « dernier arrivé-premier parti » ou « *last-in-first-out* » (*LIFO* ci-après). Toutefois, cela présente le risque pour l'employeur de perdre certaines compétences, fruit de l'expérience, et cela comporte en outre le risque d'une allégation de discrimination injuste. Alors que l'âge est le motif discriminatoire le plus évident lorsque le *LIFO* est appliqué, la contribution relative au droit australien, illustre comment ceci a donné lieu à une plainte pour discrimination sexuelle jugée fondée. La contribution relative aux Pays-Bas fournit une analyse intéressante de la variation néerlandaise du principe du *LIFO*, le dénommé « *afspiegelensbeginself* » en vertu duquel les salariés ciblés sont divisés en groupes d'âge et ensuite sélectionnés sur la base du critère *LIFO* dans la tranche d'âge. De manière surprenante, ce système pourrait être comparé à celui appliqué en Belgique. En droit belge, les entreprises doivent effectuer des licenciements en prenant en considération de manière proportionnelle l'âge des salariés afin de maintenir une pyramide des âges équilibrée sur le lieu de travail. Un écart de 10 % est accepté pour les licenciements répartis dans des catégories d'âge différentes (c'est-à-dire âgés de moins de 30 ans ; 30 à 50 ans ; 50 ans et plus). Les salariés qui ont un rôle essentiel dans l'entreprise peuvent également être exclus.

L'ensemble des éléments de comparaison susmentionnés met en évidence une grande diversité de législations nationales et une application très différente des instruments internationaux, parfois complètement ignorés par le droit national. Nous aborderons plus en détails les systèmes étrangers suivants : l'Australie et le Japon (représentant la région Asie-Pacifique), l'Afrique du Sud (pour le continent africain), la France, le Royaume-Uni et les Pays-Bas (pour l'Europe occidentale), la Hongrie (Europe de l'Est), le Canada et les États-Unis (pour l'Amérique du Nord) et l'Uruguay (pour l'Amérique du Sud).

37 Les deux autres exceptions concernent le licenciement dû à la maladie d'un salarié ayant au moins cinq ans d'ancienneté et la rupture du contrat de travail d'un salarié pouvant bénéficier d'une pension de retraite.

38 Article R. 1234-2 du Code du travail.

39 La directive européenne ne traite pas explicitement de ces problèmes. Toutefois, l'article 5 précise que les États membres sont libres «d'appliquer ou d'introduire des dispositions législatives, réglementaires ou administratives plus favorables aux travailleurs ou de permettre ou de favoriser l'application de dispositions conventionnelles plus favorables aux travailleurs ».