

LA SEMAINE DU PRATICIEN EN QUESTIONS

DROIT SOCIAL ANGLAIS

196

L'équation vertueuse paradoxale du droit social anglais : faciliter le licenciement = encourager l'embauche

Les détracteurs de la politique de redressement des finances publiques mise en vigueur par le gouvernement britannique de coalition depuis son arrivée au pouvoir en mai 2010 – programme le plus rigoureux des pays du G20 – accusent régulièrement le Premier ministre David Cameron (et plus encore son ministre des Finances George Osborne) d'être des « Pères la Rigueur », obnubilés par la seule réduction des déficits. Un des reproches les plus fréquents porte sur le manque d'imagination quand il s'agit d'aider concrètement les entreprises britanniques à être plus compétitives. Le credo de ces opposants est que la potion administrée au patient *Britain plc*, si elle est probablement nécessaire, risque fort de le tuer avant qu'il n'ait le temps de guérir. Ils plaident pour que cette médecine de choc soit accompagnée de mesures positives d'encouragements à la croissance et de renforcement de la compétitivité des PME. Parmi de telles mesures, le gouvernement britannique a donc annoncé des propositions de réforme du droit social concernant le licenciement.



Olivier Morel, avocat à la Cour, solicitor of the senior courts of England and Wales, associé Cripps Harries Hall

Serge Wilinski, avocat à la Cour, associé Marvell

? Quel est le régime en vigueur en droit anglais concernant le licenciement et les recours devant les instances prud'homales ?

Pendant les douze premiers mois suivant son embauche, un salarié n'est pas protégé contre le licenciement abusif – *unfair dismissal*. Un employeur britannique peut donc le licencier sans suivre de procédure spécifique et sans avoir à motiver sa décision. Une simple lettre, généralement remise en main propre, et le versement du salaire/préavis contractuel, suffisent à formaliser la fin du contrat de travail. Le droit social anglais dispose ainsi d'une période d'essai effective d'un an. Tout salarié peut déposer un recours auprès des *Employment Tribunals* (« ETs », ou Conseils de prud'hommes), sans encourir de frais.

? Aucune protection pendant douze mois pour le salarié britannique ?

Si, le salarié continue d'être protégé contre toute discrimination, un recours sur une telle base n'étant pas lié à l'ancienneté. Un tel recours peut même

être engagé par un candidat qui ne se voit pas embauché, au motif que la procédure de recrutement a été discriminatoire à son encontre.

? En France, quelles sont les grandes évolutions récentes dans ce domaine ?

En France, le droit du licenciement a poursuivi un mouvement de balancier au gré de la succession des gouvernements. Le président Sarkozy avait placé son quinquennat sous le signe de la réduction du coût du travail et promu une plus grande flexibilité dans le droit du travail. Après la loi TEPA de 2007 (L. n° 2007-1223, 21 août 2007, en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat), venue apporter des aménagements profonds aux 35 heures en libéralisant le recours aux heures supplémentaires, était votée en juin 2008 la loi dite « de modernisation du marché du travail » (L. n° 2008-596, 25 juin 2008) inspirée d'un objectif de « flexi/sécurité » venu des régimes d'Europe du nord. La mesure phare de cette loi est la rupture conventionnelle du contrat de travail permettant

aux parties de mettre un terme amiable à leur relation tout en permettant au salarié de bénéficier des indemnités de ruptures conventionnelles ou légales et de la protection du régime d'assurance chômage. Ce dispositif a connu un succès indéniable puisqu'environ 25 000 ruptures conventionnelles sont homologuées chaque mois par l'administration du travail, soit environ 13 % du total des ruptures (démissions comprises).

Cette loi de 2008 réforme aussi la période d'essai du contrat à durée indéterminée en réglant sa durée fixée à deux mois pour les ouvriers et salariés, trois mois pour les agents de maîtrise et techniciens et quatre mois pour les cadres, avec une faculté de renouvellement pour une période identique à la durée initiale, à condition toutefois que ce renouvellement soit rendu possible par un accord de branche. La loi de modernisation du marché du travail consacre également dans le Code du travail des principes déjà bien établis par la jurisprudence :

- tout licenciement pour motif personnel ou économique doit

être motivé et justifié par une cause réelle et sérieuse ;

- le versement de l'indemnité de licenciement est rendu obligatoire après un an d'ancienneté dans le CDI contre deux ans auparavant ;

En réalité ces évolutions législatives n'emportent pas un changement radical des grands équilibres du droit du travail français en matière de licenciement, lesquels sont plutôt fixés par les cours d'appel et, de manière ultime, par la chambre sociale de la Cour de cassation. Ces principes demeurent protecteurs de la personne et très exigeants pour les employeurs par comparaison au droit anglais : en témoignent les décisions récentes dans les affaires *Fralib* (CA Aix-en-Provence, 1re ch. B, 17/11/2011, n° 2011/705) ou *Viveo* (CA Paris, Pôle 6, ch. 2, 12 mai 2011) sanctionnant de nullité des plans de licenciement économique pour insuffisance du Plan de Sauvegarde de l'Emploi (PSE) au regard des moyens du groupe, voire pour défaut de motif économique ce qui, si cette jurisprudence venait à se confirmer, traduirait le vrai bouleversement de ces dernières années.

? Quels changements sont envisagés par le législateur britannique à ce régime plutôt souple ?

La période pendant laquelle un salarié n'est pas protégé contre le licenciement abusif – *unfair dismissal* – passera d'un à deux ans d'ancienneté. Le Gouvernement propose de

doubler la période de douze mois actuellement en vigueur, qui passerait donc à deux ans. Dans une période critique où la résorption des déficits publics passe par la reprise de l'activité du secteur privé, considéré comme locomotive de croissance économique en substitution à un secteur public en cure d'austérité - dans les 15 ans qui ont précédé la crise financière de 2008, l'économie britannique a connu la période de croissance la plus longue depuis plus de deux siècles ; près d'un tiers de cette croissance provenait du secteur public -, toute mesure qui peut favoriser l'embauche est encouragée. Les Britanniques ont déjà mis à l'épreuve l'« équation vertueuse paradoxale » : facilité de licenciement = embauche sans arrière-pensée. Si le nouveau contrat signé par une PME avec un client important ne tient pas ses promesses, ou si le salarié embauché ne correspond finalement pas au poste, elle peut se séparer de son nouveau collaborateur, sans risque que le salarié n'intente un recours pour *unfair dismissal*. Or, plus de 70 % du PIB britannique est généré par le secteur tertiaire, dans lequel un des principaux postes de charges est la masse salariale. Il convient d'ajouter à ce facteur le fait que :

- les charges patronales sont inférieures à 14 % du salaire brut ;
- pas d'effet de seuil, puisque, contrairement à la France, le seuil des 10, 20 et 50 salariés, avec son cortège d'obligations plus lourdes n'existe pas - pour le seuil des 50 salariés, en France, les obligations sont, parmi d'autres : mise en place des élections au comité d'entreprises ; création d'un comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ; mise en place d'un dispositif de participation ; mise en place d'un plan sur l'emploi des seniors.

L'allongement de la période d'essai réelle, qui passera donc à deux ans dans quelques semaines, obéit à la philosophie du « moins réglementé » selon laquelle faciliter la souplesse est primordial à la santé des PME. C'est déjà important en période de croissance, cela devient essentiel, voire critique, quand l'économie menace de basculer à nouveau en récession.

❓ Quels frais pour les salariés voulant engager un contentieux ?

Tout salarié voulant engager un contentieux pourrait avoir à régler préalablement des frais de Cour. Ces montants seraient ventilés de la manière suivante : 250 £ (soit quelque 300 €) pour émettre un recours et 1 000 £ (soit 1200 €) quand le dossier est enregistré au tribunal pour comparution. Ces montants seraient récupérables par le salarié s'il gagne son procès.

❓ Quel est le calendrier d'introduction de ces changements ?

Le doublement de la durée de la « période d'essai » prendra effet à compter du 6 avril 2012. L'établissement de frais de cours pour les recours par les salariés fait toujours l'objet d'une consultation. Il est à prévoir que cette mesure, si elle voit le jour, serait introduite en avril 2013.

❓ Quelle est la genèse de ces propositions ?

En janvier 2011, le Gouvernement britannique a lancé une consultation sur le fonctionnement des *Employment Tribunals* (ETs, ou conseils de prud'hommes). L'objectif sous-jacent était de promouvoir la croissance de l'économie. Les entreprises, par la voie de leur représentants - tel le CBI, (*Confederation of British Industry*, le MEDEF britannique) ont fait valoir au Gouvernement que les règles sur le licenciement abusif étaient un obstacle au recrutement - toujours le « cercle vertueux paradoxal » selon lequel faciliter le licenciement favorise l'embauche, au nom de la flexibilité.

En octobre dernier, pendant la conférence annuelle du parti conservateur, le ministre des Finances George Osborne confirme la volonté du Gouvernement de mettre fin à la « loterie à sens unique contre les PME » (*Ending the one-way bet against small businesses*, *The Right Honourable George Osborne MP, Chancellor of the Exchequer, Conservative Party Conference, Manchester, 3rd Oct, 2011*) - ; il stigmatise ainsi l'apparente facilité avec laquelle un salarié peut intenter un recours contre son employeur.

En cortège avec la récession qui a suivi la crise financière de fin 2008, suivie d'une reprise

trop molle et d'un chômage en hausse, on assiste en effet à une inflation de recours devant les instances prud'homales, intentés par des salariés moins sereins sur leur capacité à retrouver rapidement un emploi. Plus de 218 000 recours ont ainsi été déposés auprès des ETs au cours de la période 1er avril 2010 - 31 mars 2011, soit une augmentation de 44 % comparée à la période 1er avril 2008 - 31 mars 2009. Un grief souvent invoqué par le salarié licencié est alors la « discrimination » - fondée sur le sexe ou l'orientation sexuelle ; la religion ou la croyance ; la race ; l'âge ou le handicap. Cette catégorie n'est pas conditionnée par l'ancienneté : elle peut même être invoquée par un candidat non embauché qui estime la procédure de recrutement elle-même discriminatoire.

Des salariés peu scrupuleux s'en servent parfois en cas de licenciement, lorsqu'ils n'ont aucun élément significatif pour contester cette mesure et lorsqu'ils ont moins d'un an d'ancienneté - ils ne peuvent alors pas se reposer sur la législation qui les protège contre le licenciement abusif.

Attaquer son employeur pour discrimination revient alors à une forme de chantage, sur le mode : - soit l'employeur va jusqu'au bout du contentieux, obtient gain de cause, mais dépense des sommes significatives (qu'il ne récupère quasiment jamais) par rapport à l'enjeu et s'engage dans un processus très chronophage ; - soit l'entreprise verse au salarié une indemnité au titre d'un accord transactionnel pour mettre fin à un contentieux, certes sans grand espoir pour le salarié, mais chronophage et onéreux pour l'entreprise.

❓ De quelles garanties disposerait le salarié de bonne foi qui veut intenter un recours contre son employeur ?

Les frais ainsi engagés seraient récupérables si le salarié gagnait son procès. Dans le cadre de la consultation lancée par le Gouvernement sur le sujet, il est également suggéré des exemptions pour les salariés ayant de faibles revenus, pour que cette mesure, si elle entre en vigueur, ne soit pas une entrave à l'accès à la justice pour les plus démunis.

Le but de cette proposition n'est pas d'empêcher les salariés de

bonne foi de se protéger contre des employeurs peu scrupuleux ou qui ne respecteraient pas les procédures requises en cas de licenciement. Il s'agit plutôt de mettre un frein à l'inflation de contentieux injustifiés, préjudiciable au bon fonctionnement des tribunaux d'une part, ruineux et chronophages pour les entreprises d'autre part.

En revanche, ces dispositions viseraient à dissuader ceux qui seraient tentés d'engager un contentieux n'ayant d'autre motivation que d'obtenir des dommages et intérêts, sans véritable fondement.

Sans doute dans un souci d'équité, le Gouvernement considère aussi l'introduction d'une « amende » qui serait infligée aux entreprises pour non-respect du droit du travail, lorsqu'elles sont condamnées par les tribunaux de prud'hommes. Le niveau en serait fixé à 50 % du montant de la condamnation, avec un plancher de 100 £ et un plafond de 5 000 £. Cette mesure servirait de pendant aux frais à la charge des salariés, proposition évoquée plus haut - et servirait peut-être à financer le remboursement de ces frais...

❓ Votre jugement sur ces nouvelles mesures et propositions ?

Pousser à deux ans la période d'essai effective en droit social anglais, au nom d'une plus grande flexibilité, est peut-être donner une coloration politique à une mesure qui n'en a probablement pas besoin. Si les vertus de l'« équation vertueuse paradoxale » britannique (faciliter le licenciement = encourager l'embauche) ne sont plus à prouver, les retours d'expérience de nos clients sont que le principal obstacle à l'embauche n'est pas l'incapacité à licencier, mais bien une reprise économique atone. Ceci étant, faciliter l'absence de procédure lors d'un licenciement sera sans doute vécu comme un obstacle procédurier de moins par les entreprises concernées.

Cernant l'imposition éventuelle de frais de Cour pour tout salarié qui souhaiterait intenter un recours, nous ne pouvons que nous en féliciter, pourvu que le processus proposé soit bien encadré pour garantir l'accès à la justice des plus démunis dans des conditions normales. ■