

Luxembourg, le 4 février 2013

Proposition de loi concernant des mesures à prendre contre les licenciements économiques abusifs.

Avis commun de la Chambre de Commerce et de la Chambre des Métiers

Par sa lettre du 11 octobre 2012, Monsieur le Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration a bien voulu demander l'avis de la Chambre de Commerce et de la Chambre des Métiers au sujet de la proposition de loi reprise sous rubrique.

1. Observations générales

La proposition de loi sous avis, déposée le 17 novembre 2009 par le député André Hoffmann (groupe parlementaire « Déi Lénk »), vise à mettre en place certains instruments en vue de contrecarrer les licenciements économiques abusifs. La proposition de loi comporte quatre parties.

La première partie entend lutter contre les licenciements, qualifiés dans la note introductive de « purement boursiers », **en élargissant la définition du licenciement abusif** de manière à inclure tout licenciement dans une entreprise ou un groupe d'entreprises qui fait des profits.

Dans une seconde partie, la proposition de loi instaure un paquet de mesures créant de **nouveaux droits au profit des salariés et des syndicats**, dans les domaines suivants :

- en matière de **licenciements collectifs et de plans sociaux**, il est proposé (i) que la nouvelle définition des licenciements abusifs soit appliquée aux licenciements collectifs, (ii) qu'une réduction des bénéfices soit obligatoirement discutée avant tout licenciement collectif, (iii) que l'obligation de reclassement pesant sur l'employeur soit étendue à l'ensemble du groupe (et non pas seulement à l'entreprise elle-même), (iv) que les délais de négociation d'un plan social soient allongés pour passer de 15 jours à 3 mois, (v) que les représentants des salariés puissent recourir à des experts afin d'examiner la situation économique réelle de l'entreprise, sans que le secret bancaire ou fiscal puisse leur être opposé, (vi) que tout licenciement économique intervenu en cas d'échec des négociations du plan social soit sanctionné par la nullité ;

- en matière de **plans de maintien dans l'emploi**, il est proposé (i) que le salarié puisse invoquer la nullité de son licenciement s'il est intervenu sans notification préalable au comité de conjoncture, (ii) que le comité de conjoncture puisse à tout moment contraindre les partenaires sociaux à entamer des discussions en vue de l'établissement d'un plan de maintien dans l'emploi, (iii) que l'examen approfondi de la situation économique, financière et sociale de l'entreprise soit rendu obligatoire et que, pour le réaliser, tant le Comité de conjoncture que les experts puissent avoir accès sans limitation à tous les documents comptables et bancaires, (iv) qu'une réduction des bénéficiaires soit obligatoirement discutée à côté des mesures visant l'aggravation des conditions de travail, (v) que les partenaires sociaux puissent saisir l'Office National de Conciliation en cas d'échec dans les discussions visant à l'établissement d'un plan de maintien dans l'emploi, (vi) que tout licenciement qui interviendrait à partir de la saisine du Comité de conjoncture jusqu'à la signature du plan de maintien dans l'emploi soit sanctionné par la nullité ;
- en matière de **comités mixtes**, il est proposé (i) que toutes les décisions concernant le personnel (volume et structure des effectifs ainsi que conditions d'emploi) soient présentées au comité mixte avant toute décision (et plus après), (ii) que les représentants salariaux du comité mixte puissent saisir l'Office National de Conciliation à tout moment, (iii) que tout licenciement économique qui interviendrait pendant l'exercice de ce recours et avant un accord ou la non-conciliation soit sanctionné par la nullité.

La troisième partie de la proposition de loi **alourdit les obligations de l'employeur qui aurait procédé à un licenciement abusif à l'égard du salarié** :

- en fixant le montant minimum de l'indemnité pour préjudice moral à payer par l'employeur à un mois de salaire par année d'ancienneté, et
- en garantissant au salarié qui aurait sollicité sa réintégration dans l'entreprise une protection contre le licenciement pendant une année, et
- en augmentant l'indemnité due par l'employeur s'il refuse cette réintégration à autant de mois de salaire que d'années d'ancienneté (et non pas un mois de salaire en tout).

Enfin, dans une quatrième et dernière partie, la proposition de loi **alourdit les obligations de l'employeur à l'égard du Fonds pour l'emploi** :

- en réintroduisant et augmentant le montant des cotisations spéciales à verser par les employeurs à ce fonds de 0,25% à 1% des salaires cotisables, et
- en obligeant les employeurs condamnés pour licenciements abusifs ou faillite frauduleuse à reverser à ce fonds tout ou partie des subventions étatiques perçues.

Sans préjudice des commentaires développés ci-après dans la seconde partie du présent avis, la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers considèrent que les mesures préconisées par la proposition de loi, tant par leur nombre que par leur caractère extrêmement contraignant et radical, sont purement et simplement inacceptables pour les entreprises. L'opposition des deux chambres professionnelles repose sur des considérations à la fois économiques, juridiques et sociales.

Une proposition de loi inacceptable sur le plan économique

De manière générale, la proposition de loi ne tient absolument pas compte de la réalité de l'économie et du marché de l'emploi luxembourgeois.

Ainsi, la prétendue lutte qu'entend mener la proposition de loi contre les licenciements « purement boursiers » n'est absolument pas adaptée à la réalité du tissu économique luxembourgeois, majoritairement composé de PME. La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers soulignent que 99,5% des entreprises comptent moins de 250 salariés et que, même si de gros employeurs ont un poids certain dans le nombre total de salariés, les PME emploient près de 68% des salariés du secteur privé (hors secteur de la finance).

Plus généralement, la proposition de loi constitue une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre, laquelle fonde le pouvoir de direction du chef d'entreprise. A cet égard, les deux chambres professionnelles rappellent qu'il est un principe général, consacré par la jurisprudence, que le chef d'entreprise assume le risque financier et que corrélativement, il bénéficie du pouvoir de direction et décide seul de la politique économique d'entreprise, de son organisation interne. En conséquence, il n'appartient pas aux juridictions du travail de se substituer à l'employeur dans l'appréciation de l'opportunité des mesures prises quelles que soient les répercussions au regard de l'emploi. Il n'est pas nécessaire en outre que l'employeur justifie d'une exploitation déficitaire.¹

Enfin, la proposition de loi s'avère contre-productive à certains égards. Ainsi, la réintroduction et l'augmentation considérable du montant des cotisations spéciales à verser par les employeurs au Fonds pour l'emploi (passant de 0,25% à 1% des salaires cotisables) risqueraient précisément de pénaliser les entreprises qui continuent à embaucher et auraient *in fine* pour effet de les en dissuader.

Alors que les conséquences sociales de la crise économique tendent inévitablement à mettre à mal le degré de confiance dans les entreprises, la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers ne peuvent pas accepter que la proposition de loi cristallise encore plus cette méfiance à l'encontre des employeurs.

Plutôt que d'empêcher les entreprises de se développer et de pouvoir réagir aux contraintes du marché, la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers sont d'avis qu'il faut favoriser l'émergence d'un environnement leur permettant d'innover et de se développer, et rétablir un climat de confiance entre les partenaires sociaux.

¹ CSJ 22.06.2000, n° 231919 du rôle ; CSJ 21.06.2012, n° 36909 du rôle.

Les deux chambres professionnelles soulignent que c'est par une démarche volontaire et non par des règles aussi contraignantes et radicales que celles figurant dans la proposition de loi que les concepts de responsabilité sociale des entreprises doivent s'appliquer.²

Une proposition de loi inacceptable sur le plan juridique

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers ne peuvent pas accepter que, suivant la proposition de loi, tant des experts externes que le Comité de conjoncture disposent d'un accès illimité aux documents comptables et bancaires de l'entreprise « sans que le secret bancaire, fiscal ou d'entreprise puisse leur être opposé ». Indépendamment des notions de secret bancaire, fiscal ou d'entreprise qui sont mises en avant et qu'il semble inopportun de voir brandies dans ce contexte, les deux chambres professionnelles sont d'avis que, si divulgation d'informations il devait y avoir, elle ne devrait pas se faire en dehors des cas actuellement prévus par le droit positif. En tout état de cause, il n'est pas acceptable que des informations aussi sensibles que celles précitées puissent être divulguées à des personnes qui ne seraient pas elles-mêmes tenues au secret professionnel.

Les deux chambres professionnelles s'opposent à ce que la nullité soit généralisée comme sanction des licenciements non conformes au droit du travail alors qu'en droit positif, la nullité est strictement limitée aux seuls licenciements de salariés bénéficiant d'un statut protégé (représentants du personnel, femmes enceintes, salariés en congé parental). Cette généralisation engendrerait des changements juridiques importants au sein du Code du travail ainsi que pour les employeurs puisque la nullité remplacerait le caractère abusif du licenciement, de sorte que la réintégration obligatoire au sein de l'entreprise voire du groupe - au lieu de dommages-intérêts en cas de licenciement abusif - deviendrait la règle.

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers n'entendent pas discuter de la question des pouvoirs des représentants du personnel, spécialement des comités mixtes, dans le cadre de la proposition de loi alors que cette question s'inscrit dans le cadre plus global d'une réforme sur le dialogue social à l'intérieur de l'entreprise, laquelle est actuellement en cours.

Une proposition de loi à certains égards contraire à l'intérêt des salariés

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers rappellent que la réintroduction et l'augmentation du montant des cotisations spéciales à verser par les employeurs au Fonds pour l'emploi constitueraient, le cas échéant, un frein à l'embauche de nouveaux salariés.

Quant à l'obligation de réintégration au sein du groupe (et non plus seulement au sein de l'entreprise) des salariés dont le licenciement aurait été déclaré nul, les deux chambres professionnelles émettent de sérieux doutes concernant les avantages d'une telle mesure pour le salarié qui serait dès lors contraint, dans la majori-

² Cf. dans ce sens la communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 25 octobre 2011 intitulée « *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014* » (COM.2011.681.final). Afin justement de promouvoir la responsabilité sociale des entreprises (RSE), l'Union des Entreprises Luxembourgeoise a créé l'Institut national pour le développement durable et la responsabilité des entreprises (INDR). Toutes les informations sont disponibles sur le site : www.indr.lu

té des cas, de partir travailler à l'étranger et de quitter, seul ou avec sa famille, le Luxembourg.

2. Commentaire des différentes parties de la proposition de loi

Ad 1^{ère} partie - Une définition des licenciements économiques abusifs

La proposition de loi sous avis suggère de compléter le paragraphe 1 de l'article L.124-11 du Code du travail afin que soit légalement considéré comme abusif, tout licenciement « *fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service* » (ci-après « licenciement économique ») qui intervient « *dans le but unique ou principal d'améliorer le résultat financier d'une entreprise ou d'un groupe présentant une situation durablement bénéficiaire* ».

Affirmer qu'un licenciement économique soit *per se* abusif s'il a pour « *but unique ou principal d'améliorer le résultat financier d'une entreprise ou d'un groupe présentant une situation durablement bénéficiaire* » oblige le juge à se glisser dans le rôle du chef d'entreprise.

Une telle immixtion constitue une atteinte non justifiée et, en tout état de cause, contraire à la liberté constitutionnelle du commerce et de l'industrie.

Il est acquis que, suivant cette liberté, l'employeur est libre d'apprécier et de prendre les décisions de stratégie managériale en contrepartie de sa responsabilité économique et sociale en cas d'incident.

Si une présomption d'abus devait être retenue pour tout licenciement économique survenant en cas de situation bénéficiaire de l'entreprise, cela obligerait les employeurs à attendre une situation déficitaire pour prendre des mesures affectant le personnel.³

Une telle atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie est donc injustifiée et s'avère également inutile car les droits des salariés sont correctement protégés par le droit positif.

En effet, le salarié licencié pour des motifs économiques a le droit de demander à être réembauché de manière prioritaire pendant un an à compter de son départ de l'entreprise, pour occuper « *tout emploi devenu disponible dans sa qualification* »⁴. Ce droit d'embauche prioritaire est une protection conséquente pour le salarié car l'employeur est non seulement tenu, de par la loi, d'informer le salarié de tout emploi devenu disponible dans la qualification, mais aussi, suivant la jurisprudence, de l'engager « *sauf inaptitude absolue* ».⁵

³ A ce titre, il convient de rappeler que le « *droit au travail* », bien que constitutionnellement garanti, ne donne pas non plus au citoyen un droit subjectif et individuel à un emploi. Le « *droit au travail* » n'est qu'une « *obligation de moyen* » à la charge de l'Etat : si la Constitution « *garantit le droit au travail* » l'Etat « *veille à assurer* » l'exercice de ce droit (art.11(4) de la constitution).

⁴ Article L-125-9 du Code du travail.

⁵ « *L'employeur n'est plus libre d'engager pour un poste relevant de la qualification de ce dernier un autre salarié de son choix, sauf inaptitude absolue du salarié prioritaire pour l'emploi disponible, à établir par l'employeur.* » (CSJ 21.12.2000, n°24222 du rôle).

De plus, la jurisprudence sanctionne le motif économique lorsqu'il n'est « *qu'un prétexte pour se défaire du salarié en question* ». ⁶

On notera encore que cette nouvelle « définition » des licenciements économiques abusifs remet en cause les dispositions légales en matière de chômage partiel pour raisons structurelles qui prévoient expressément la possibilité pour une entreprise de procéder à des licenciements économiques afin de remettre l'entreprise sur des bases solides.

Ad 2e partie - De nouveaux droits pour les salariés et leurs syndicats

A) Les licenciements collectifs et les plans sociaux

La proposition de loi sous avis suggère un ensemble de mesures ayant pour objectif principal de renforcer le pouvoir des représentants des salariés.

- En premier lieu, la proposition de loi sous avis applique la définition sus-avisée des licenciements économiques abusifs aux licenciements collectifs.

Pour les raisons précédemment invoquées⁷, la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers s'opposent à cette « définition » en ce qu'elle institue une ingérence dans la gestion de l'entreprise.

Il convient aussi de rappeler que cette ingérence n'est pas justifiée en raison de la protection des salariés par le droit positif en matière de licenciements collectifs.

En effet, en cas de non-respect de la procédure prévue en matière de licenciements collectifs, les articles L. 166-2, paragraphe (8) et L. 166-9 du Code du travail prévoient que l'intéressé peut non seulement demander la nullité de son licenciement et sa réintégration, mais aussi, à défaut, le salarié peut toujours exercer l'action judiciaire en réparation pour licenciement abusif et demander des dommages-intérêts pour rupture abusive de son contrat de travail.

- La proposition de loi sous avis ajoute une obligation de « *négozier en premier lieu* » sur une réduction des bénéfices.

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers s'opposent à cette nouvelle obligation pour les mêmes raisons précédemment invoquées d'atteinte à la liberté de gestion du chef d'entreprise.⁸

De plus une telle proposition est en totale contradiction avec l'objectif même de la procédure de licenciement collectif.

En effet, conformément à la directive 98/59/CE⁹, les dispositions légales en matière de licenciement collectif - qu'elles concernent l'information ou la consultation des représentants des salariés - ne portent pas sur une analyse de la situation éco-

⁶ CSJ 24.05.2007, N°32185 du rôle. L'effectivité du contrôle judiciaire, tant de la précision, de la réalité, que du sérieux des motifs économiques invoqués a d'ailleurs été fermement réaffirmé par quatre décisions en date du 12 juillet 2012 (Cour d'Appel, 12 juillet 2012, arrêts n°s 37495, 37528, 37247, et 37478 du rôle) : la Cour ayant remarqué que « *depuis l'année 2008 et le début de la crise économique, ce motif est souvent utilisé à tort et constitue un prétexte pour se défaire des salariés encombrant respectivement âgés (...)* »

⁷ Ad 1^{ère} partie.

⁸ Ad 1^{ère} partie.

⁹ Directive du Conseil du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatifs aux licenciements économiques.

nomique de l'entreprise, mais sur les mesures qui sont envisagées afin de préserver l'emploi.¹⁰

- La proposition de loi sous avis introduit, à la charge des employeurs, une obligation de reclassement au sein du groupe.

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers entendent rappeler que l'obligation légale de négociation, dans la procédure prévue en matière de licenciements collectifs, porte précisément sur la possibilité de reclassements internes.

En effet, l'article L. 166-2, paragraphe (1) du Code du travail précise que les négociations, en cas de licenciements collectifs, doivent, sous peine de nullité, porter obligatoirement et en premier lieu, « *sur les possibilités d'éviter ou de réduire le nombre des licenciements collectifs (...)* » et que les « *possibilités de formation voire de reconversion permettant une réaffectation de salariés à l'intérieur de l'entreprise* » doivent être notamment abordées dans le cadre de ces négociations.¹¹

De plus, la portée de l'obligation de reclassement ne peut être appréciée qu'au cas par cas : cette obligation dépasse donc le cadre légal des dispositions en matière de licenciement collectif.¹²

- La proposition de loi sous avis rallonge les délais de négociations de 15 jours à 3 mois et même à 6 mois en cas d'accord du gouvernement.

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers s'opposent au rallongement des délais qui, non seulement n'est pas un gage de réussite des négociations, mais, pire encore, risque de bloquer les négociations et donc d'avoir des conséquences préjudiciables à l'égard de tous les acteurs.

- La proposition de loi prévoit que les expertises soient financées par des cotisations patronales et que les experts puissent avoir accès à tous les documents internes de l'entreprise sans qu'il soit possible d'invoquer le secret bancaire ou fiscal.

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers rappellent que, conformément à l'article 6 de la directive 2002/14/CE¹³, le droit d'information et de consultation des travailleurs n'est pas illimité. Au contraire, les représentants des travailleurs et les experts qui les assistent peuvent se voir interdire de divulguer à des tiers des informations communiquées à titre confidentiel, d'une part, et l'employeur peut refuser de communiquer les informations qui entraveraient gravement le fonctionnement de l'entreprise, d'autre part. Par ailleurs, le refus de communiquer, invoqué par l'employeur en raison du secret des affaires, est toujours susceptible d'un recours judiciaire.

¹⁰ Une telle interprétation a d'ailleurs été confirmée récemment par la Chambre sociale de la Cour de Cassation Française dans un arrêt « Société Vivéo » n° 1299 du 3 mai 2012.

¹¹ Dans un second temps seulement la négociation doit porter sur des compensations financières pour les salariés licenciés.

¹² A cet égard il est relevant de noter que, même dans le cadre d'un licenciement individuel, les tribunaux n'hésitent pas à sanctionner un employeur qui ne fait pas l'effort nécessaire pour réaffecter un salarié, licencié pour motifs économiques, eu égard à l'âge et l'ancienneté de ce dernier et qu'un poste susceptible de convenir est disponible (CSJ, 14 juillet 2011, n° 35813 du rôle).

¹³ Directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne.

- La proposition de loi prévoit enfin qu'un recours en annulation soit possible en cas d'échec des négociations et de non-application de la loi.

Suivant l'exposé des motifs, il s'agit d'une mesure coercitive afin d'inciter les employeurs récalcitrants à engager des négociations sérieuses. Or, si la loi prévoit une obligation de négocier de la part des partenaires sociaux en vue de l'établissement d'un accord, il est très difficile d'imputer la responsabilité d'un désaccord sur l'une ou l'autre des parties.

Par ailleurs, la sanction actuellement prévue pour non-respect de la procédure, à savoir l'octroi de dommages-intérêts pour rupture abusive du contrat, est juste et suffisamment coercitive.

B) Les plans de maintien dans l'emploi

- La proposition de loi vise, en amont des dispositions relatives au plan de maintien dans l'emploi, à compléter l'obligation formelle de l'employeur de déclarer le licenciement économique au Comité de Conjoncture découlant de l'article L.511-27 du Code du travail.¹⁴

La proposition de loi sous rubrique prévoit en premier lieu que le salarié puisse, en cas de non-respect de cette formalité par l'employeur, demander la nullité du licenciement et obtenir sa réintégration, et, à défaut, demander ses indemnités de départ, et avoir la possibilité d'exercer « l'action judiciaire en réparation de la résiliation abusive de son contrat de travail (...) ».

Cependant, l'omission de cette formalité ne porte pas préjudice au salarié. Il ne s'agit pas d'une formalité relative à la procédure du licenciement, mais simplement d'une information que l'employeur doit communiquer à la suite d'un licenciement économique. La loi ne peut donc pas légitimer de telles sanctions.

- La proposition de loi sous avis applique ces dispositions en matière de notification d'une modification unilatérale d'un contrat de travail si cette dernière n'a pas été notifiée au préalable au Comité de conjoncture.

Cependant, on ne comprend pas pourquoi l'employeur serait sanctionné dans ce cas alors que la loi n'impose pas à l'employeur de notifier au Comité de conjoncture un projet de modification unilatérale d'un contrat de travail.

Et quand bien même, imposer une telle notification préalable serait excessive car, d'une part, cette possibilité est toujours une alternative au licenciement et, comme telle, participe au maintien dans l'emploi si elle est acceptée par le salarié¹⁵, et, d'autre part, les motifs d'une modification unilatérale peuvent être économiques, mais aussi d'ordre disciplinaire. La communication préalable au Comité de conjoncture de tout projet de modification unilatérale n'a donc aucune raison d'exister.

- La proposition de loi sous avis prend en compte les changements d'une condition essentielle du contrat de travail refusés par le salarié dans les seuils de dé-

¹⁴ Suivant l'article L.511-27 du code du travail, l'employeur qui emploie régulièrement au moins 15 salariés doit notifier le licenciement au comité de conjoncture, et ce concomitamment à la notification du licenciement au salarié.

¹⁵ L'article L.121-7 du Code du travail considère que c'est « la résiliation du contrat de travail découlant du refus du salarié d'accepter la modification lui notifiée » qui constitue un licenciement.

clenchement des discussions en vue de l'établissement d'un plan de maintien dans l'emploi.

Cette assimilation est excessive car le changement d'une condition essentielle d'un contrat de travail peut être motivé pour plusieurs raisons, et non pas exclusivement pour des motifs non-inhérents à la personne du salarié.

- La proposition rend obligatoire l'examen approfondi de la situation économique, financière et sociale de l'entreprise pouvant être actuellement diligentée par le secrétariat du Comité de conjoncture. La proposition prévoit, dans le même ordre d'idées, que les discussions doivent porter obligatoirement sur la « *réduction des bénéfiques, des tantièmes, des dividendes et d'autres revenus du capital* ».

De telles exigences sont sans rapport et dénaturent la raison d'être d'un plan de maintien dans l'emploi, censé être un instrument incitatif et non coercitif.

En effet, l'objet d'un plan de maintien dans l'emploi est bien de trouver des solutions alternatives au chômage pour les salariés dont l'emploi serait menacé et dont peuvent faire partie les salariés qui ont été licenciés au cours des 3 derniers mois, respectivement 6 derniers mois.¹⁶

- La proposition de loi sous avis prévoit que les expertises soient financées par des cotisations patronales et que les experts puissent avoir accès à tous les documents internes de l'entreprise sans qu'il soit possible d'invoquer le secret bancaire ou fiscal.

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers réitèrent ici leurs remarques faites en matière de licenciements collectifs et plans sociaux.¹⁷

- La proposition organise un recours auprès de l'Office National de Conciliation et interdit tout licenciement pendant la période de négociation d'un plan de maintien dans l'emploi.

Un tel recours et une telle interdiction vont à l'encontre même de cette procédure qui est avant tout une procédure non contraignante ne devant pas forcément aboutir à un accord : conformément aux débats parlementaires, les négociations en matière de plans de maintien dans l'emploi ont pour objectif de porter à la connaissance tant des employeurs que des salariés toute la gamme des possibilités alternatives au licenciement ou au chômage.¹⁸

De plus, il est constant que l'Office National de Conciliation est exclusivement compétent pour les litiges collectifs de travail et non les litiges individuels.¹⁹

¹⁶ Il est à cet égard relevant de souligner que les aides financières pouvant accompagner les plans de maintien dans l'emploi homologués peuvent profiter tant aux salariés qu'aux employeurs, y compris ceux qui reprennent des salariés concernés par des restructurations.

¹⁷ Ad. 2^e partie, premier point.

¹⁸ Suivant les discussions parlementaires, la mise en place du dispositif légal en matière de PME part du constat que « *de nombreux instruments (de maintien de l'emploi) existants d'ores et déjà (...) ne sont pas utilisés de manière adéquate. Or, il est important que les employeurs recourent à ces instruments lorsque la situation économique de leur entreprise le requiert, afin d'éviter sinon des licenciements du moins la mise en chômage des salariés même lorsque leur emploi dans leur entreprise d'origine ne peut plus être assuré.* » Rapport de la Commission, doc. N° 5611, page 8.

¹⁹ Article L.163-1 du Code du travail.

C) Les comités mixtes

- La proposition de loi sous avis impose une obligation d'information préalable dans tous les cas et supprime la possibilité pour l'employeur d'invoquer la confidentialité légalement reconnue²⁰ de certaines informations lorsque l'information ou la consultation préalable risquent « *d'entraver la gestion de l'entreprise* » ou de « *compromettre la réalisation de l'opération projetée* ».

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers rappellent que cette restriction du droit d'information et de consultation des travailleurs est justifiée conformément à l'article 6 de la directive 2002/14/CE précitée.²¹

- La proposition de loi organise par ailleurs un recours par les Comités mixtes devant l'Office National de Conciliation et prévoit que les licenciements économiques intervenus pendant la durée de ce recours doivent pouvoir être annulés.

Selon l'article L.427-2 du Code du travail, un recours devant le directeur de l'Inspection du Travail et des Mines est prévu pour toutes les contestations résultant de l'application des dispositions relatives aux Comités mixtes, et en appel, devant la Cour Administrative. Il n'y a donc pas lieu de prévoir un recours parallèle qui risque de poser plus de problèmes que d'apporter de solutions.

Ad 3e partie - Des indemnités pour licenciement abusif plus consistantes

- La proposition de loi lie l'évaluation de l'indemnité pour dommage moral à l'ancienneté dans l'entreprise en fixant au minimum 1 mois de salaire par année d'ancienneté.

Ce minimum automatique de dommages-intérêts à allouer au titre du préjudice moral va à l'encontre du principe fondamental en matière de responsabilité civile repris à l'article L.124-12, paragraphe (1) du Code du travail suivant lequel la victime d'un dommage doit être indemnisée du préjudice effectivement subi.

Il apparaît en effet extrêmement réducteur de lier les dommages et intérêts pour préjudice moral à la fidélité à l'entreprise du salarié car ce préjudice dépend d'un ensemble de facteurs, que ce soit l'ancienneté du salarié, mais aussi son âge, l'atteinte à son honneur, les soucis et tracas causés par la perte de l'emploi et la recherche d'un nouvel emploi, ainsi que des circonstances du licenciement.

- Pour justifier ce minimum automatique, la note introductive de la proposition de loi sous avis affirme que la réparation du préjudice moral, en cas de licenciement déclaré abusif, « *est la plupart du temps ridiculement basse, parfois proche de l'euro symbolique* ».

Il apparaît cependant dans la réalité qu'un montant est toujours alloué par les juridictions au titre de la réparation du dommage moral, même si le salarié ne fournit

²⁰ Article L.423-3 du Code du travail.

²¹ Directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne.

aucune preuve quant à ses recherches de nouvel emploi, et les statistiques font état de réparations du dommage moral bien supérieures à « l'euro symbolique ».²²

- La proposition de loi renforce la situation du salarié licencié qui demande sa réintégration en réparation de son licenciement abusif en lui accordant une protection contre le licenciement pendant une année. La proposition prévoit également une indemnité d'un mois par année d'ancienneté, et non d'un mois en tout, pour l'employeur qui s'opposerait à la réintégration proposée par le tribunal.

S'il est constant que la loi prévoit cette possibilité pour le salarié de solliciter sa réintégration dans l'entreprise à titre de réparation, en pratique, les demandes en ce sens sont insignifiantes. Et quand bien même une telle demande existe, il appartient au juge d'apprécier que les conditions de la reprise ou continuation des relations de travail sont réunies.

En cas de refus de l'employeur de suivre la recommandation du tribunal de réintégré le salarié, la sanction est actuellement que l'employeur sera condamné à verser, en plus des dommages-intérêts pour licenciement abusif, une indemnité complémentaire d'un mois de salaire. Prévoir dans la loi que le montant de cette indemnité complémentaire puisse être d'un mois de salaire « par année d'ancienneté » est totalement excessif.

Ad 4e partie - Réintroduction et augmentation de la cotisation patronale spéciale au Fonds pour l'emploi et remboursement des subventions de l'Etat en cas de licenciements abusifs et de faillites frauduleuses

La proposition de loi réintroduit en premier lieu la cotisation spéciale à charge des employeurs pour le Fonds pour l'emploi, à hauteur de 1% des salaires ou rémunérations cotisables auprès de la Caisse nationale d'assurance pension.

Cette cotisation spéciale n'existe plus depuis près de trente ans. Sa suppression fait partie du paquet de mesures qui avait été alors judicieusement et courageusement décidé en 1983 afin de « *favoriser la restructuration et la modernisation de la sidérurgie ainsi que le maintien de la compétitivité générale de l'économie* ». ²³

Il est constant que cette proposition de ressusciter cette cotisation spéciale participe plus d'une volonté de sanctionner les employeurs que d'une vision globale en matière de finances publiques. Il s'agit en effet, selon les termes mêmes de l'exposé des motifs, de lutter contre une « *désresponsabilisation des employeurs qui n'ont pas à supporter le coût de leurs licenciements abusifs* ».

Or, la ventilation des charges financières entre les contribuables, qui assure le maintien de l'emploi et la croissance de l'économie, ne peut se décider que dans le cadre d'une analyse globale et le respect de l'équité sociale et des limites de la pression fiscale.

²² Les moyennes en 2011 de dommages et intérêts alloués aux salariés, à la suite de leur licenciement avec préavis déclaré abusif, ont été de € 1.927 pour leur préjudice moral (avec une ancienneté moyenne de 39 mois). Pour les licenciements avec effet immédiat ayant été déclarés abusifs, la moyenne des dédommagements pour préjudice moral a été de € 1.756 avec une ancienneté moyenne de 47 mois (Statistiques Legitech).

²³ Loi du 1^{er} juillet 1983.

La proposition de loi entend également faire planer une ultime sanction sur la tête des employeurs : en cas de condamnation pour licenciement économique abusif ou pour banqueroute, ces derniers seraient susceptibles de devoir rembourser les subventions reçues par l'Etat.

Cette proposition contribue encore plus à créer un climat de défiance à l'encontre des employeurs et eu égard au risque de se voir trop lourdement sanctionner, d'empêcher ces derniers, et surtout les PME, de prendre les mesures de restructuration qui s'imposent.

Pour conclure, la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers désirent souligner que, contrairement à ce que sous-entend la proposition de loi sous avis, les suppressions d'emploi ne sont pas un mode courant de gestion au nom de la productivité et de l'efficacité et que particulièrement dans les PME, la décision de supprimer un poste de travail n'est jamais faite « de gaieté de cœur » par l'employeur.

* * *

Après consultation de leurs ressortissants respectifs, la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers marquent leur opposition avec la proposition de loi sous avis.