

Demi-journée du Conseil d'administration de l'AFDT, organisée en partenariat avec la sous-commission formation continue en droit social de la commission ouverte du barreau de paris.

« Autour de la rupture pour motif économique »

Le caractère réel et sérieux du motif : techniques de contrôle

Jean-Yves Frouin Conseiller à la Cour de cassation

Avant la recodification du droit du travail, il n'était discuté par personne que le licenciement pour motif économique dût, pour être valable, avoir un caractère réel et sérieux même si la règle n'était pas énoncée dans les dispositions relatives au licenciement pour motif économique. Elle se déduisait du droit commun du licenciement et, par conséquent de l'article L. 122-14-3, applicable à tous les licenciements. Mais ce qui va sans dire va encore mieux en le disant et, poursuivant un objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, la mission recodification a estimé utile de rappeler, dès la première des dispositions communes au licenciement pour motif économique – c'est l'article L. 1233-2 du code recodifié – que tout licenciement pour motif économique doit avoir une cause réelle et sérieuse.

Encore convient-il de déterminer ce que la formule recouvre quand elle est appliquée au licenciement économique. Dans le cas du licenciement pour motif personnel, comme il n'y a pas dans la loi de définition de la cause réelle et sérieuse, la question a un sens.

Mais dans le cas du licenciement pour motif économique, la loi définit assez précisément le motif économique de licenciement, ce dont il se déduit qu'il n'est de licenciement pour motif économique possible, valable, que celui qui répond à la définition légale ; et de plus il est une condition légale supplémentaire de validité du licenciement pour motif économique, c'est le respect par l'employeur de l'obligation de reclassement. Dès lors, la cause réelle et sérieuse de licenciement pour motif économique paraît se confondre avec ces conditions légales de validité du

licenciement pour motif économique. En d'autres termes, le licenciement pour motif économique a une cause réelle et sérieuse s'il satisfait aux conditions de validité du licenciement pour motif économique. C'est bien un peu cela mais pas tout à fait, ce qui conduit à s'interroger d'abord sur le contenu du contrôle judiciaire de la cause réelle et sérieuse de licenciement pour motif économique (I). Par ailleurs, ce contrôle est très largement tributaire du régime de la preuve de la cause réelle et sérieuse de licenciement pour motif économique (II).

I- Le contrôle judiciaire de la cause réelle et sérieuse de licenciement pour motif économique

Il revêt naturellement deux aspects : un contrôle du caractère réel du motif économique et un contrôle du caractère sérieux du motif économique. Mais il faut y ajouter en préalable un contrôle de la motivation du licenciement pour motif économique qui est essentiel, car il peut en résulter qu'il n'y aura même pas lieu de contrôler la cause réelle et sérieuse de licenciement (en l'absence de motivation suffisante) et en toute hypothèse il détermine le champ du contrôle juridictionnel sur la cause réelle et sérieuse.

Le contrôle de motivation du licenciement pour motif économique

La loi, on le sait, impose à l'employeur d'énoncer le ou les motifs de licenciement dans la lettre de licenciement (art. L. 1232-6) et, s'agissant d'un licenciement pour motif économique, d'énoncer les motifs économiques invoqués par l'employeur (L. 1233-16).

L'intérêt pratique de cette exigence, on le sait aussi, est double : si la lettre de licenciement n'est pas motivée conformément à l'exigence posée, le licenciement est automatiquement dépourvu de cause réelle et sérieuse ; et si la lettre de licenciement est motivée conformément à l'exigence posée, les motifs énoncés par l'employeur dans la lettre de licenciement vont fixer les termes et les limites du litige, ce qui implique qu'on ne pourra discuter devant le juge que ceux des motifs économiques qui ont été énoncés dans la lettre de licenciement.

Concrètement, que recouvre l'exigence légale de motivation du licenciement pour motif économique ? Jusqu'à une période récente, très récente, elle impliquait selon la jurisprudence que la lettre de licenciement doit mentionner tout à la fois l'élément causal du licenciement, c'est-à-dire la raison économique du licenciement, et l'élément matériel du licenciement, c'est-à-dire l'incidence matérielle sur l'emploi ou le contrat de travail du salarié de cette raison économique, sauf s'agissant de la cessation d'activité de l'entreprise qui comporte par elle-même l'incidence matérielle sur l'emploi, à savoir la disparition des emplois correspondants.

Or, une décision récente a assoupli l'exigence de motivation du licenciement dans la lettre de licenciement, à tout le moins quand la raison économique invoquée est une réorganisation. Considérant qu'une réorganisation peut résulter aussi bien de difficultés économiques, de mutations technologiques, ou de la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise, la Cour de cassation en déduit désormais que, lorsque la lettre de licenciement invoque une réorganisation sans autre précision, il incombe au juge (du fond) de rechercher si cette réorganisation n'était pas fondée sur l'une ou l'autre de ces causes possibles (Cass.soc. 16 décembre 2008, n° 07-41.953, FS-P+B). C'est un assouplissement assez considérable de l'exigence légale de motivation du licenciement économique, car il en découle que le motif tiré de la réorganisation qui correspondait jusqu'alors à un motif économique autonome de licenciement, alternatif aux difficultés économiques et mutations technologiques, devient une sorte de motif attrape-tout incluant tous les autres et dont les employeurs ont intérêt à se prévaloir car il est de nature à leur permettre lors du débat de fond de s'appuyer aussi bien sur des difficultés économiques, que sur des mutations technologiques ou sur la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise sans être véritablement liés par leur motivation du licenciement.

A- La cause réelle de licenciement pour motif économique

La cause réelle est généralement comprise par la doctrine comme la cause existante et la cause exacte. En d'autres termes, le motif réel, c'est le motif qui existe effectivement et c'est le motif qui est bien celui pour lequel le licenciement a été prononcé. Le contrôle judiciaire de la réalité du motif

économique va donc consister dans un contrôle de l'existence du motif et un contrôle de l'exactitude du motif.

1°) En ce qui concerne le contrôle de l'existence, il prend nécessairement appui sur la définition légale du motif économique de licenciement et consiste essentiellement pour le juge à s'assurer de la réalité du motif économique au sens de la loi, c'est-à-dire de l'élément causal et de l'élément matériel du motif économique.

En considération de l'élément causal et l'élément matériel invoqués par l'employeur, et sous réserve de ce qui a été dit quand l'élément causal invoqué est celui tiré de la réorganisation, il s'agit pour le juge de vérifier qu'il existait bien des difficultés économiques, des mutations technologiques, une réorganisation nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité, une cessation d'activité de l'entreprise, et qu'elles avaient bien pour conséquence une suppression d'emploi, ou une transformation d'emploi, ou une modification du contrat de travail refusée par le salarié.

Il n'y a rien là à ajouter qui ne soit bien connu, sauf peut-être à préciser :

- que la réalité de l'élément causal s'apprécie au niveau du groupe quand l'entreprise appartient à un groupe ou du secteur d'activité du groupe si le groupe comporte plusieurs secteurs d'activité nettement différenciés (Cass.soc. 8 juillet 2008, n° 06-45.934, RJS 10/08, n° 966), tandis que la réalité de l'élément matériel s'apprécie au niveau de l'entreprise (Cass.soc. 8 juillet 2008, n° RJS 10/08, n° 967),

- que les difficultés économiques et mutations technologiques relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond sauf à être précisément caractérisées, ce qui veut dire en clair que la Cour de cassation s'en tient à un contrôle de motivation mais un contrôle qu'elle exerce effectivement (« ni la réalisation d'un chiffre d'affaires moindre, ni la baisse des bénéfices ne suffisent à caractériser la réalité des difficultés alléguées par l'employeur, Cass.soc. 6 juillet 1999, Bull. n° 327).

Qu'est-ce qui fait que des difficultés économiques sont caractérisées ou non ? Sans qu'on puisse y voir à soi seul un élément à tout coup déterminant, on peut tout de même considérer qu'un résultat net comptable déficitaire ou à l'inverse positif au moment du licenciement est un élément fort dans un sens ou dans l'autre

- que la réorganisation de l'entreprise n'est un motif réel de licenciement économique que pour autant qu'elle est effectuée pour la sauvegarde de sa compétitivité, ce qu'il revient au juge du fond de vérifier sous le contrôle de qualification ici exercé par la Cour de cassation. Est effectuée pour la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise, la réorganisation destinée à prévenir des difficultés économiques à venir, et leurs conséquences sur l'emploi, ce qui suppose l'existence d'une menace sur la compétitivité de l'entreprise.
- que la cessation d'activité de l'entreprise n'est un motif réel de licenciement économique que s'il s'agit d'une cessation totale et définitive, et non d'une cessation temporaire ou simplement partielle d'activité. Si un site est fermé, le motif économique pourra être celui tiré des difficultés économiques ou d'une réorganisation, mais pas celui tiré de la cessation d'activité,
 - que la suppression d'emploi est constituée, donc réelle, dès l'instant qu'il y a suppression effective d'un poste de travail confié à un salarié (rémunéré à cet effet), ce qui signifie qu'elle n'implique pas disparition des tâches accomplies par le salarié dont le poste de travail est supprimé, ni même suppression du poste de travail quand le poste est maintenu mais confié à un collaborateur bénévole. A fortiori, comme il vient d'être jugé, il y a bien suppression d'emploi lorsqu'il y a externalisation des tâches par recours à une entreprise extérieure (Cass.soc. 17 décembre 2008, n° 07-43.974).

2°) En ce qui concerne le contrôle de l'exactitude du motif économique de licenciement qui entre également dans la vérification du caractère réel du motif, il consiste à s'assurer que le motif économique de licenciement invoqué par l'employeur est bien celui pour lequel le salarié a été licencié.

Il peut arriver en effet qu'un licenciement soit prononcé pour motif économique, voire même qu'un motif économique puisse être démontré mais que ce ne soit pas là le motif réel, véritable du licenciement. Comme il appartient au juge de vérifier la cause exacte du licenciement, notamment quand elle est discutée, il lui appartient par là-même dans le cadre du contrôle de la réalité du motif économique de licenciement de s'assurer que le motif économique de licenciement allégué par l'employeur correspond bien au motif réel, véritable, du licenciement prononcé et, à défaut, d'en tirer toutes les conséquences en constatant que le licenciement fondé

par hypothèse sur un motif qui n'est pas le vrai motif, n'a pas une cause réelle (Cass.soc. 14 novembre 2000, Bull. n° 368).

B- la cause sérieuse de licenciement pour motif économique

Si le caractère réel du motif économique de licenciement se confond pour partie avec l'existence d'un motif économique au sens de la loi, le caractère sérieux paraît se confondre avec l'autre condition de validité du licenciement pour motif économique, à savoir le respect par l'employeur de son obligation de reclassement. En effet, dès lors que l'on considère que le licenciement est une mesure ultime, il n'est de motif sérieux de licenciement que celui dont il résulte que le licenciement ne pouvait être évité. Appliqué au licenciement pour motif économique, il n'est de cause sérieuse de licenciement que lorsque le salarié ne pouvait être reclassé. Le contrôle du caractère sérieux du motif économique de licenciement ne s'arrête pourtant pas là : il s'agit aussi de s'assurer de la relation causale entre la raison économique invoquée à l'appui du licenciement et son incidence sur l'emploi du salarié.

1°) Cause sérieuse de licenciement et obligation de reclassement de l'employeur

Le licenciement pour motif économique ne peut avoir une cause sérieuse que pour autant qu'il a été satisfait par l'employeur à son obligation de rechercher et le cas échéant proposer au salarié un autre poste de travail disponible dans l'entreprise ou dans le groupe, ce qu'il revient au juge de vérifier dans le cadre du contrôle du caractère sérieux du motif économique de licenciement, si du moins la question de droit a été introduite dans le débat par les parties. En d'autres termes, il n'est plus jugé depuis quelques années que la question de l'obligation de reclassement est nécessairement dans le débat soumis au juge en cas de contestation du bien-fondé d'un licenciement pour motif économique.

Cela étant, il n'y a pas lieu de s'attarder sur l'obligation de reclassement de l'employeur dont le contenu est bien connu. On se bornera simplement à rappeler ou à préciser :

- que l'obligation concerne aussi bien le licenciement résultant d'une modification du contrat de travail du salarié que celui résultant d'une suppression de son emploi, même si la modification proposée au salarié peut apparaître comme une forme de pré-reclassement,

- que c'est une obligation très étendue car elle s'étend au groupe quand l'entreprise appartient à un groupe, que dans ce périmètre elle porte sur tous les emplois disponibles y compris des postes situés à l'étranger, et qu'elle a pour accessoire une obligation d'adaptation et même de formation du salarié au nouvel emploi,
- que, cependant, l'obligation de formation accessoire à l'obligation de reclassement n'implique pas une formation de base dite qualifiante, et que l'obligation de reclassement elle-même peut être circonscrite par la volonté exprimée par le salarié *dans le cadre de son exécution*. Plus précisément, l'employeur ne peut limiter ses recherches à la volonté présumée du salarié ni même à sa volonté exprimée ab initio, mais il peut tenir compte en cours d'exécution de l'obligation de reclassement de la volonté alors manifestée par le salarié de n'accepter que certains postes et réduire ses recherches complémentaires dans les limites suggérées par le salarié (Cass.soc. 13 novembre 2008, n° 06-46.227).

2°) Cause sérieuse de licenciement et lien de causalité entre élément causal et élément matériel

Le caractère sérieux du motif économique de licenciement implique encore qu'il y ait une relation de causalité entre la raison économique invoquée à l'appui du licenciement et son incidence sur l'emploi du salarié. Qu'est-ce à dire ? Deux choses :

- D'abord, l'élément matériel du licenciement économique doit trouver sa véritable cause (et sa seule cause) dans la raison économique invoquée au soutien du licenciement, ce qui n'est pas le cas quand cette raison (éventuellement fondée) trouve elle-même son origine dans un fait fautif antérieur de l'employeur ou une légèreté blâmable qui l'a provoquée. Le raisonnement est classique et concerne d'ailleurs tout licenciement : toutes les fois que le motif d'un licenciement même apparemment justifié en lui-même a pour origine un comportement fautif ou frauduleux antérieur de l'employeur qui l'a engendré, c'est du coup ce comportement auquel la jurisprudence assimile la légèreté blâmable qui constitue la vraie cause du licenciement et il s'en déduit le

caractère non sérieux du motif de licenciement. Il en est ainsi en matière de licenciement pour motif économique comme en matière de licenciement pour motif personnel. L'hypothèse peut être celle d'un comportement illicite de l'employeur qui a rendu nécessaire des licenciements pour motif économique (ex. fermeture administrative d'un établissement), ou celle de recrutements de personnes alors que la situation économique de l'entreprise est déjà fortement obérée entraînant peu après le licenciement pour motif économique de ces mêmes personnes.

La cessation d'activité de l'entreprise n'est elle-même un motif de licenciement économique que pour autant qu'elle n'est pas due à une faute ou à la légèreté blâmable de l'employeur. Ainsi vient-il d'être jugé qu'une cour d'appel, ayant retenu que la cessation d'activité de la société employeur avait été décidée de manière précipitée, à la demande de son principal associé et pour satisfaire aux seules exigences du groupe en ayant pris le contrôle, sans que toutes les possibilités pouvant permettre le maintien de son activité et des emplois aient été recherchées, a pu en déduire que cette cessation rapide et définitive de l'activité de la société, malgré les bons résultats qu'elle avait réalisés et en dépit de la position favorable qu'elle occupait sur le marché, procédait d'une légèreté blâmable privant les licenciements prononcé de cause réelle et sérieuse. Il doit cependant être ici précisé que la simple erreur de gestion ne constitue pas une légèreté blâmable (Cass.soc. 28 octobre 2008, n° 07-41.984, RJS 1/09, n° 24).

- Ensuite, non seulement l'élément matériel doit trouver sa véritable cause dans l'élément causal invoqué, mais cet élément causal, c'est-à-dire la raison économique, profonde, du licenciement, doit être d'une importance telle qu'elle a pour conséquence nécessaire la suppression ou transformation d'emploi qui en découlent, ce que la Cour de cassation exprime avec une formule type classique qui est la suivante : « les juges du fond auxquels il appartient d'apprécier le caractère sérieux du motif économique de licenciement invoqué, ont estimé que les difficultés économiques dont l'employeur faisait état ne justifiaient pas, n'étaient pas de nature à justifier la

suppression d'emploi de ».... On est ici à la limite d'un contrôle de l'opportunité du licenciement économique.

Pour être tout à fait complet sur le caractère réel et sérieux du motif économique de licenciement et les techniques de contrôle, il n'est sans doute pas inutile de dire quelques mots sur la preuve de la cause réelle et sérieuse du licenciement pour motif économique.

II- La preuve de la cause réelle et sérieuse de licenciement pour motif économique

A- Le droit commun de la preuve de la cause réelle et sérieuse de licenciement : la preuve partagée

Le régime de la preuve de la cause réelle et sérieuse de licenciement est bien connu : c'est un système de preuve partagée qui a été mis en place par le législateur avec risque de la preuve à l'employeur. La charge de la preuve n'incombe pas particulièrement à l'une ou à l'autre des parties. Le juge doit se déterminer au vu des éléments fournis par les deux parties, au besoin après mesures d'instruction, et en cas de doute il profite au salarié.

En réalité, chacun sait bien que, dans la pratique juridictionnelle, c'est une fausse preuve partagée. A partir du moment où la décision est prise par l'employeur et où, pour être valable, elle doit légalement reposer sur une cause réelle et sérieuse qu'il revient au juge en cas de contestation d'apprécier, il s'en déduit nécessairement qu'avant que ne s'amorce le système de preuve partagée en cas de contestation la décision de l'employeur doit être un peu étayée, comme on le dit en matière d'heures supplémentaires pour la revendication du salarié. Plus précisément, si le salarié se borne devant le juge sans produire aucune pièce à contester le bien-fondé de son licenciement celui-ci ne pourra être jugé bien-fondé par le juge, c'est-à-dire fondé sur une cause réelle et sérieuse, si l'employeur s'en tient aux motifs énoncés dans la lettre de le licenciement, sans lui-même produire aucun élément probatoire.

B- La spécificité de la preuve de la cause réelle et sérieuse de licenciement pour motif économique : la preuve incombe à l'employeur

Si on en transpose ces observations au licenciement pour motif économique, la preuve du caractère réel et sérieux du motif de licenciement est encore moins partagée et il ne paraît même pas excessif de dire que la preuve incombe de facto sinon de jure à l'employeur. Plusieurs éléments y concourent :

- D'abord, non seulement tout licenciement pour motif économique doit être justifié par une cause réelle et sérieuse, mais il n'est de motif économique valable de licenciement que celui qui répond précisément à la définition légale du motif économique de licenciement.

Ensuite, le licenciement pour motif économique est une décision de l'employeur prise par celui-ci dans l'exercice de son pouvoir de gestion de l'entreprise et qui trouve sa justification, non dans un fait ou un comportement du salarié qui est ici indifférent, mais dans les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise

- En troisième lieu, les éléments de preuve (du bien-fondé du licenciement pour motif économique) sont entre les mains de l'employeur et notamment dans les documents que la loi lui fait obligation d'établir : documents comptables, registre d'entrée et de sortie du personnel...Et du reste la loi elle-même lui fait obligation de communiquer au juge tous les éléments fournis aux représentants du personnel ou, à défaut, tous les éléments fournis à l'autorité administrative.

Il résulte de ces éléments qu'en cas de contestation du bien-fondé du licenciement économique par un salarié, celui-ci ne pourra être jugé bien fondé, peu important la pauvreté des moyens de preuve produits par le salarié, que pour autant qu'il est justifié d'une cause économique réelle et sérieuse au sens de l'article L. 1233-3 du code du travail, et que cette justification doit être et ne peut être apportée que par l'employeur. Au demeurant, il n'est pas rare en matière de licenciement

économique que le juge use des moyens que lui donne la loi pour inviter l'employeur à produire dans un certain délai tous les documents ou justifications propres à éclairer la juridiction, faute de quoi la juridiction peut passer outre et tirer toute conséquence de l'abstention ou du refus de l'employeur. Ainsi, vient-il d'être jugé dans un arrêt très récent que l'employeur doit produire tous les éléments permettant d'établir que les mesures de réorganisation de l'entreprise sont nécessaires à la sauvegarde de sa compétitivité ; qu'appréciant souverainement les preuves qui étaient produites, la cour d'appel qui a constaté que les résultats de toutes les entreprises faisant partie du groupe avaient été communiqués à l'exception d'une société basée en Allemagne, et que cette carence ne permettait pas de connaître la situation économique réelle du groupe, en a exactement déduit que le licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse (Cass.soc. 14 janvier 2009, n° 07-42.708).

Si l'on ajoute à cela que la jurisprudence a fait de l'obligation de reclassement une obligation de moyens renforcée, ce dont il résulte que même s'il s'agit seulement d'une obligation de tenter le reclassement du salarié, c'est à l'employeur d'établir qu'il y a satisfait, il s'en déduit bien que la preuve du bien-fondé du licenciement pour motif économique incombe, dans la pratique juridictionnelle, à l'employeur.

Les praticiens, d'ailleurs, ne s'y trompent pas. Quand ils sont du côté du salarié, ils contestent généralement tous les éléments nécessaires au bien-fondé du motif économique de licenciement : suppression d'emploi, difficultés économiques, lien causal entre l'un et l'autre, non-respect de l'obligation de reclassement et, à titre subsidiaire, violation des règles de l'ordre de licenciements, l'arrière-pensée étant qu'il y aura bien dans l'argumentation et les justifications de l'employeur un maillon faible permettant de faire tomber le licenciement ; et c'est assez souvent le cas.