

## LOI TRAVAIL : LA PARER / S'EN EMPARER ?

I. Défendons l'exigence de cause réelle et sérieuse

# Accords de préservation de l'emploi, licenciement pour inaptitude et licenciement pour motif économique : étendue du contrôle du juge sur la cause réelle et sérieuse du licenciement

par Savine BERNARD, Avocate au Barreau de Paris,  
et Anne DUFOUR, Conseillère prud'homme, Paris

### PLAN

1. Sur le contrôle de la cause réelle et sérieuse du licenciement consécutif au refus par le salarié d'une modification de son contrat de travail résultant d'un accord de préservation ou développement dans l'emploi : un contrôle du juge sur les conditions de validité de l'accord
2. Sur le licenciement consécutif au refus du reclassement du salarié inapte : le refus d'un poste ne vaut pas présomption de cause réelle et sérieuse de licenciement
3. Sur le licenciement pour motif économique : la référence à des indicateurs économiques pour l'appréciation des difficultés économiques ne met pas fin au contrôle du juge

La notion de cause réelle et sérieuse de licenciement a été introduite par la loi du 23 mai 1973 (1). Il faut, pour comprendre la portée de cette notion, revenir sur les débats parlementaires qui ont précédé son adoption. Lors de la séance du 22 mai, le rapporteur de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales rappelait que, jusque-là, il appartenait au salarié licencié de démontrer que son employeur avait exercé un usage abusif de son droit de résiliation unilatéral, soit par intention de nuire, soit par légèreté blâmable. Il reconnaissait, en outre, que cette preuve était particulièrement difficile à rapporter pour le salarié, indiquant que « *les preuves de ce congédiement abusif se trouvent dans une entreprise dont, par définition, le salarié licencié ne fait plus partie* ». Le ministre du Travail ajoutait qu'avec la loi nouvelle, ce ne serait plus sur le seul salarié que reposerait la charge de la preuve, mais que les parties devraient fournir des éléments au juge, auquel il reviendrait de prendre des mesures d'instructions pour fonder sa conviction.

C'est toujours la règle générale aujourd'hui, reprise par l'article L. 1235-1 : « À défaut d'accord, le juge, à qui il appartient d'apprécier la régularité de la procédure suivie et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur, forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties après avoir ordonné, au besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ». L'introduction de la cause réelle et sérieuse du licenciement est donc indissociable, non seulement de l'étendue du contrôle du juge, mais également de la répartition de la charge de la preuve entre les parties au procès.

Or, la loi du 8 août 2016, tant au titre du licenciement consécutif au refus du salarié d'accepter une modification de son contrat de travail résultant d'un accord de préservation ou développement dans l'emploi, qu'au titre du licenciement pour inaptitude consécutif au refus du salarié d'accepter un poste de reclassement, ou qu'au titre du licenciement pour motif économique consécutif à des difficultés économiques cherche à instaurer une présomption de licenciement causé en faveur de l'employeur.

Dans les deux premiers cas, le refus du salarié constituerait la cause réelle et sérieuse du licen-

ciement, dans le dernier cas, le juge serait lié par des indicateurs définis sur une période également prédéterminée. On serait ainsi face à une contradiction dans le Code du travail, qui, d'un côté, maintiendrait le pouvoir d'appréciation du juge sur la cause réelle et sérieuse et, d'un autre côté, prédéfinirait des motifs « réels et sérieux » de licenciement.

L'analyse des nouvelles dispositions démontrera que le juge n'est pas mort et qu'il conserve un pouvoir d'appréciation sur la cause réelle et sérieuse du licenciement.

(1) E. Peskine, C. Wolmark, *Droit du travail*, 11<sup>ème</sup> ed., 2016, Dalloz coll. *Hypercours*, § 579 s.

## 1. Sur le contrôle de la cause réelle et sérieuse du licenciement consécutif au refus par le salarié d'une modification de son contrat de travail résultant d'un accord de préservation ou développement dans l'emploi : un contrôle du juge sur les conditions de validité de l'accord

Dans le chapitre « *Rapports entre conventions et accords collectifs de travail et contrat de travail* », la loi du 8 août 2016 a introduit l'article L.2254-2, qui instaure les accords de préservation ou développement de l'emploi (2).

En application de l'article L.2254-2, le refus du salarié d'accepter la modification de son contrat de travail qui résulterait de cet accord, modification pouvant aller jusqu'à une modification de sa rémunération et de la durée du travail, justifierait le licenciement du salarié.

Ce licenciement reposerait sur « *un motif spécifique qui constituerait une cause réelle et sérieuse de licenciement* » : « *Si l'employeur engage une procédure de licenciement à l'encontre du salarié ayant refusé l'application de l'accord mentionné au même premier alinéa, ce licenciement repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse et est soumis aux seules modalités et conditions définies aux articles L. 1233-11 à L. 1233-15 applicables au licenciement individuel pour motif économique, ainsi qu'aux articles L. 1234-1 à L. 1234-20. La lettre de licenciement comporte l'énoncé du motif spécifique sur lequel repose le licenciement* ».

Le licenciement qui « repose » met-il fin au contrôle par le juge du caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur, en permettant à celui-ci de bénéficier d'une présomption de licenciement justifié en présence d'un refus du salarié d'accepter une modification de son contrat de travail, ou le juge peut-il espérer trouver une place, et le salarié une écoute protectrice pour contester son licenciement ?

Ce débat a eu lieu, à l'identique, après l'entrée en vigueur de la loi Aubry du 19 janvier 2000, qui instaurait un article L.1222-8 aux termes duquel le refus par le salarié de la modification de la durée de travail générerait un licenciement « *ne reposant pas sur un motif économique* » : « *lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent une modification de leur contrat de travail résultant de l'application d'un accord de*

*réduction de la durée du travail, leur licenciement est un licenciement qui ne repose pas sur un motif économique* ».

Dans deux arrêts du 15 mars 2006, la Chambre sociale de la Cour de cassation a précisé l'étendue du contrôle du juge.

Dans un premier arrêt (3), elle a jugé que le licenciement était sans cause réelle et sérieuse dès lors que la lettre de licenciement ne comportait pas d'indication sur l'accord, précision considérée comme essentielle alors que le licenciement est « *motivé par le refus d'un salarié de la modification de son contrat de travail en application d'un accord de réduction du temps de travail* » (4).

Dans un deuxième arrêt (5), la Cour a retenu que le juge peut apprécier le caractère réel et sérieux du motif du licenciement consécutif au refus de la modification, mais au regard des seules dispositions de l'accord collectif : « *Attendu, cependant, que, selon l'article 30-II de la loi du 19 janvier 2000, lorsqu'un salarié refuse la modification de son contrat de travail proposée en application d'un accord de réduction de la durée de travail, son licenciement est un licenciement individuel ne reposant pas sur un motif économique et est soumis aux dispositions des articles L. 122-14 à L. 122-17 du Code du travail ; Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors qu'il lui appartenait d'apprécier le caractère réel et sérieux du motif du licenciement consécutif à ce refus, au regard des seules dispositions de l'accord collectif de réduction du temps de travail, conformément au texte précité, la cour d'appel a violé le texte susvisé* » (6).

Si la Cour de Cassation accepte de vérifier l'existence d'une cause réelle et sérieuse du licenciement consécutif au refus de la modification, elle limite donc ce contrôle « *au regard des seules dispositions de l'accord collectif de réduction du temps de travail* ».

Elle a précisé l'étendue de ce contrôle, sur l'accord collectif, dans deux arrêts ultérieurs. Si le contrôle se limite à l'accord, le contrôle est poussé quant au respect des conditions de validité de l'accord.

Ainsi, dans un arrêt du 23 septembre 2009 (7), la Chambre sociale de la Cour de cassation a jugé que le licenciement consécutif à un refus d'accepter une modification du contrat de travail résultant de l'entrée en vigueur d'un accord de modulation était sans cause réelle et sérieuse, dès lors que l'accord n'était pas

(2) A. Le Mire, « Les accords de préservation ou développement de l'emploi », RPDS 2017, p.57 ; F. Dumont et L. Poinsot, « Les accords de préservation ou de développement de l'emploi », Dr. Ouv. 2017 p.88.

(3) Cass. Soc. 15 mars 2006, n° 04-40.504.

(4) V. dans le même sens Cass. Soc. 12 mars 2009, n° 07-44.737.

(5) Cass. Soc. 15 mars 2010, n° 04-41.935, RDT 2006. p.96 n. M. Véricel.

(6) V. dans le même sens Cassation Soc. 30 mai 2007, n° 05-44.926.

(7) Cass. Soc. 23 septembre 2009, n° 07-44.712.

conforme aux dispositions légales : **« Mais attendu que si le refus par le salarié d'accepter la modification de son contrat de travail résultant de la mise en œuvre d'un accord de modulation constitue, en application de l'article 30 II de la loi n°2000-37 du 19 janvier 2000 alors applicable, une cause réelle et sérieuse de licenciement, c'est à la condition que cet accord soit conforme aux dispositions de l'article L. 212 8 du Code du travail dans sa rédaction alors en vigueur ; Et attendu qu'ayant constaté que l'accord d'entreprise du 2 novembre 2004 ne précise ni le programme indicatif de modulation, ni les conditions de réduction du délai de prévenance, ni les contreparties dont le salarié bénéficierait dans cette hypothèse, la cour d'appel en a exactement déduit que ce texte n'est pas conforme aux exigences de l'article L. 212-8 précité, en sorte que le licenciement du salarié motivé par le seul refus de celui-ci d'accepter la modification de son contrat de travail résultant de la mise en œuvre de la modulation est dépourvu de cause réelle et sérieuse »** (8).

En contrepartie du fait que ce sont les partenaires sociaux qui deviennent désormais les législateurs et que l'accord prévaut sur le contrat de travail, on peut donc espérer que la Cour de cassation exercera, à tout le moins, un contrôle rigoureux sur la conformité de l'accord de préservation ou de maintien dans l'emploi aux prescriptions légales. À défaut pour l'accord de remplir ces prescriptions, le licenciement consécutif à un refus du salarié d'accepter la modification de son contrat de travail en résultant devra être jugé sans cause réelle et sérieuse.

Parmi les prescriptions requises par l'article L. 2254-2 au titre des accords de maintien ou de préservation de l'emploi, on trouve l'obligation pour l'employeur de transmettre aux organisations syndicales des informations nécessaires à l'établissement d'un diagnostic partagé entre l'employeur et les organisations syndicales, l'obligation pour l'accord de comporter **« un préambule indiquant, notamment, les objectifs de l'accord en matière de préservation ou de développement de l'emploi »**, l'obligation pour l'accord de préciser **« 1° Les modalités selon lesquelles est prise en compte la situation des salariés invoquant une atteinte disproportionnée à leur vie personnelle ou familiale ; 2° Les modalités d'information des salariés sur son application et son suivi pendant toute sa durée »**.

Alors que ces prescriptions exigées de l'employeur sont légères et la sanction lourde pour le salarié qui

refuse, il faudra exiger du juge, dans la lignée de la jurisprudence de la loi *Aubry*, que le non-respect de l'une de ces prescriptions par l'employeur entraîne l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement.

Indépendamment de la question du contrôle de la cause réelle et sérieuse du licenciement consécutif au refus du salarié d'accepter la modification de son contrat de travail, le salarié devra être particulièrement vigilant sur l'existence d'une fraude au PSE et la possibilité de demander la nullité de son contrat de travail en l'absence de PSE : l'accord de préservation ou de développement dans l'emploi a pour objet de préserver ou de maintenir l'emploi, non de permettre à l'employeur, par un biais détourné, de diminuer ses effectifs sans PSE.

## **2. Sur le licenciement consécutif au refus du reclassement du salarié inapte : le refus d'un poste ne vaut pas présomption de cause réelle et sérieuse de licenciement**

Avant l'entrée en vigueur de la loi du 8 août 2016, au visa de l'article L. 1226-2 du Code du travail, qui obligeait l'employeur, avant le licenciement pour inaptitude, à proposer au salarié **« un autre emploi approprié à ses capacités »**, les tribunaux jugeaient que le refus par le salarié du poste de reclassement ne pouvait constituer, en soi, une cause réelle et sérieuse de licenciement (9).

La loi *El Khomri* a introduit un nouvel article L. 1226-2-1 du Code du travail, ainsi libellé : **« Lorsqu'il est impossible à l'employeur de proposer un autre emploi au salarié, il lui fait connaître, par écrit, les motifs qui s'opposent à son reclassement. L'employeur ne peut rompre le contrat de travail que s'il justifie soit de son impossibilité de proposer un emploi dans les conditions prévues à l'article L. 1226-2, soit du refus par le salarié de l'emploi proposé dans ces conditions, soit de la mention expresse, dans l'avis du médecin du travail, que tout maintien du salarié dans un emploi serait gravement préjudiciable à sa santé ou que l'état de santé du salarié fait obstacle à tout reclassement dans un emploi. L'obligation de reclassement est réputée satisfaite lorsque l'employeur a proposé un emploi, dans les conditions prévues à l'article L. 1226-2, en prenant en compte l'avis et les indications du médecin du travail. S'il prononce le licenciement, l'employeur respecte la procédure applicable au licenciement pour motif personnel prévue au chapitre II du titre III du présent livre »** (10).

(8) V. dans le même sens, Cass. Soc. 24 mars 2010, n° 08-42.818 ; add. Cass. Soc. 28 sept. 2010, n° 08-43.161, RDT 2010 p. 755 n. F. Canut.

(9) Cass. Soc. 26 janvier 2011, n° 09-43.193.

(10) F. Héas, « La réforme du régime de l'inaptitude suite à la loi du 8 août 2016 », Dr. Ouv. 2017 p. 103.

Antérieurement, il était jugé qu'en cas de refus d'une proposition de reclassement par le salarié, il appartenait à l'employeur de faire d'autres propositions (11). S'est donc posée la question de savoir si, avec la loi *El Khomri*, on basculait d'une obligation de reclasser en proposant tous les postes disponibles à une obligation de proposer un seul poste, d'un licenciement pour inaptitude à un licenciement pour refus d'un emploi proposé, d'une obligation de reclasser à une présomption irréfragable du respect de l'obligation de reclassement dès lors que l'employeur n'aurait proposé qu'un seul poste de reclassement au salarié.

L'évolution dans la rédaction de ce nouvel article, entre la version initiale de l'avant-projet de loi et la version adoptée en Commission des affaires sociales, ainsi que les débats devant cette Commission apportent les éclairages nécessaires car, à défaut de débat devant le Parlement, c'est aux débats devant la Commission des affaires sociales, nouvelle instance démocratique, qu'il convient de se référer.

L'article L. 1226-2-1, dans l'avant-projet de loi, était rédigé quasiment à l'identique de la version finale, à l'exception de l'utilisation du terme « poste » en lieu et place d'« emploi » : « *Lorsque l'employeur est dans l'impossibilité de proposer un autre **poste** au salarié, il lui fait connaître, par écrit, les motifs qui s'opposent à son reclassement. L'employeur ne peut rompre le contrat de travail que s'il justifie soit de son impossibilité de proposer **un poste** dans les conditions prévues à l'article L. 1226-2, soit du refus par le salarié **du poste** proposé dans ces conditions, soit de la mention expresse, dans l'avis du médecin du travail, que tout maintien du salarié dans un emploi serait gravement préjudiciable à sa santé ou que l'état de santé du salarié fait obstacle à tout reclassement dans l'entreprise. L'obligation de reclassement est réputée satisfaite lorsque l'employeur a proposé, dans les conditions prévues à l'article L. 1226-2, **un poste** prenant en compte l'avis et les indications du médecin du travail. S'il prononce le licenciement, l'employeur respecte la procédure applicable au licenciement pour motif personnel prévue au chapitre II du titre III du présent livre* ».

Le passage de l'obligation de proposer un poste à l'obligation de proposer un emploi résulte de l'adoption de l'amendement AS1020, présenté par le rapporteur de la loi, lors de la séance de la Commission des affaires sociales du 7 avril 2016. Le rapporteur présentait ainsi son amendement, critiquant la rédaction initiale : « *la rédaction du projet de loi laisse entendre qu'il suffit à l'employeur de ne proposer*

*qu'un seul poste au salarié déclaré inapte pour satisfaire à l'obligation de reclassement. Elle amoindrit sensiblement la responsabilité de l'employeur dans la recherche d'une solution et apparaît en contradiction avec l'esprit des modifications portées par le présent article. Il convient, en effet, d'encourager, autant que possible, des échanges entre les médecins du travail, les salariés et les employeurs pour dégager une piste de reclassement, le licenciement n'intervenant qu'en dernière extrémité. Il semblerait, dès lors, plus approprié de préciser que l'obligation de reclassement est conditionnée à la proposition d'un emploi par l'employeur. **Le fait de proposer « un emploi » sous-entend l'idée de proposer plusieurs postes** ».*

Le retour au reclassement dans l'emploi maintient donc le droit en l'état et l'employeur conserve une obligation de reclasser le salarié inapte, cette obligation de reclassement n'étant pas limitée à la proposition d'un seul poste, mais étendue à tous les postes disponibles.

Le salarié qui ne se sera vu proposer qu'une seule offre par l'employeur à qui ces subtilités auront échappé pourra non seulement contester la cause réelle et sérieuse de son licenciement pour défaut de reclassement, mais devra également formuler une demande distincte pour discrimination dans le reclassement, en raison de son état de santé, sans compter une demande de nullité de son licenciement pour la même raison.

L'article L. 1132-1 prohibe toute discrimination, notamment dans le reclassement, en raison de l'état de santé et, au regard de l'aménagement de la charge de la preuve, le salarié pourra aisément établir une situation anormale en démontrant que la société employeur ne lui a pas proposé tous les postes susceptibles de lui convenir. Il appartiendra alors à l'employeur de justifier des éléments objectifs permettant d'appréhender les raisons pour lesquelles il a pris soin de ne pas proposer ces postes au salarié.

### **3. Sur le licenciement pour motif économique : la référence à des indicateurs économiques pour l'appréciation des difficultés économiques ne met pas fin au contrôle du juge**

L'article L. 1233-3, dans sa version finalement adoptée, n'apporte des modifications importantes que sur le licenciement économique consécutif à des difficultés économiques.

A, en effet, été retirée du texte – la lutte n'aura pas été vaine – la limitation de l'appréciation du motif

(11) Cass. Soc. 26 janvier 2011, préc.

économique au seul « *niveau du secteur d'activité commun aux entreprises implantées sur le territoire national du groupe auquel il appartient* ». Curieux Gouvernement qui, en même temps qu'il invoquait la mondialisation des groupes, voulait se limiter au territoire français pour en apprécier la santé financière.

Si l'article L.1233-3 codifie également la jurisprudence sur la réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité et à la cession d'activité de l'entreprise, la codification se fait à droit constant.

Les modifications se concentrent donc sur les difficultés économiques : l'article L. 1233-3 définit comme licenciement pour motif économique le licenciement consécutif « *à des difficultés économiques caractérisées soit par l'évolution significative d'au moins un indicateur économique, tels qu'une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires, des pertes d'exploitation ou une dégradation de la trésorerie ou l'excédent brut d'exploitation, soit par tout autre élément de nature à justifier de ces difficultés* », le texte définissant, de surcroît, la période sur laquelle la « *baisse significative des commandes ou du chiffre d'affaires est constituée* », en comparaison avec la même période de l'année précédente (période d'un trimestre à quatre trimestres en fonction de la taille des entreprises). La période de quatre trimestres, soit une année, retenue pour les entreprises de plus de trois cents salariés, étant celle habituellement prise en compte par le passé, ce n'est donc que pour les entreprises de moins de trois cents salariés que la loi apporte une modification importante (12).

Se pose, là encore, la question de la marge d'appréciation du juge, face à la fixation de ces critères et de leur durée de prise en compte, dans l'appréciation de la cause réelle et sérieuse du licenciement pour motif économique consécutif à des difficultés économiques.

C'est de nouveau le renvoi à l'évolution dans la rédaction du texte, entre l'avant-projet et le texte finalement adopté en Commission des affaires sociales, et les débats devant cette même Commission qui apportent les éclaircissements nécessaires.

Aux termes de l'amendement adopté en Commission, a été intégrée dans le texte final initial la caractérisation des difficultés économiques au regard d'une « *évolution significative* » d'au moins un des critères et d'une « *baisse significative* » des commandes et du chiffre d'affaires. Le rapporteur de

la loi présentait lui-même la nécessité d'apporter ces modifications aux fins de réintroduire le contrôle du juge : « *je souhaite réintroduire la notion d'ampleur des difficultés, qui me semble extrêmement importante* », « *il me paraît essentiel que le juge puisse continuer à apprécier l'ampleur des difficultés rencontrées, sans s'arrêter à des simples critères de durée : c'est pourquoi l'amendement précise que l'évolution des indicateurs doit être significative* ».

Le juge conserve donc un contrôle sur l'ampleur des difficultés et sur leur persistance dans le temps pour apprécier la cause réelle et sérieuse du licenciement. L'office du juge survit à la loi « Travail », tout comme la cause réelle et sérieuse du licenciement.

Des dispositions qui auraient exclu le contrôle du juge et fait peser la charge de la preuve sur le seul salarié auraient été, en tout état de cause, contraires aux dispositions de la convention 158 de l'OIT (13). Outre l'article 8, qui protège le droit du salarié à faire juger par un organisme impartial du caractère injustifié de son licenciement, l'article 9 consacre le droit du juge à examiner les motifs invoqués et un aménagement de la charge de la preuve qui ne peut peser sur le seul salarié : « *1. Les organismes mentionnés à l'article 8 de la présente convention devront être habilités à examiner les motifs invoqués pour justifier le licenciement, ainsi que les autres circonstances du cas, et à décider si le licenciement était justifié. 2. Afin que le salarié n'ait pas à supporter seul la charge de prouver que le licenciement n'était pas justifié, les méthodes d'application mentionnées à l'article 1 de la présente convention devront prévoir l'une ou l'autre ou les deux possibilités suivantes : (a) la charge de prouver l'existence d'un motif valable de licenciement, tel que défini à l'article 4 de la présente convention, devra incomber à l'employeur ; (b) les organismes mentionnés à l'article 8 de la présente convention devront être habilités à former leur conviction quant aux motifs du licenciement au vu des éléments de preuve fournis par les parties et selon des procédures conformes à la législation et à la pratique nationales* ».

Savine Bernard et Anne Dufour

(12) A. Barège et J.-Ph. Tricoit, « Sécuriser le licenciement économique », Dr. Ouv. 2017, p.80 ; R. Dalmaso, « La redéfinition du licenciement économique : une « sécurisation » cosmétique aux enjeux théoriques hasardeux », Dr. Ouv. 2017, p. 1.

(13) v. *supra* les développements de N. Moizard.