

Quelques souvenirs sur les conditions dans lesquelles la jurisprudence sur les licenciements économiques s'est édifiée

par *Philippe WAQUET*, Doyen honoraire de la Cour de cassation

1. Il est important de prendre conscience que le licenciement pour motif économique a longtemps souffert d'un défaut de définition.

Lors de l'apparition de cette notion nouvelle d'une rupture du contrat de travail pour un motif étranger à la personne du salarié et de nature économique, avec l'ordonnance du 24 mai 1945 relative au contrôle de l'emploi, aucune jurisprudence n'est venue éclairer cette institution nouvelle qui n'a guère eu d'application.

Le licenciement pour motif économique est réapparu, d'abord, sous une forme négative avec la loi du 13 juillet 1973, qui indique que le licenciement collectif pour motif économique obéit à un régime juridique distinct ; ensuite, de manière plus détaillée, avec la loi du 3 janvier 1975 « *relative aux licenciements pour cause économique* ».

Cette loi, qui ne définit pas le licenciement pour motif économique, se borne à le soumettre à l'exigence d'une autorisation de l'inspecteur du travail. En sorte qu'un auteur pouvait écrire en 1978 : « *La notion de motif économique de licenciement est la moins claire qui soit* » (1).

Aussi pouvait-on se réjouir de l'intervention de la loi du 2 août 1989 qui a essayé, dans l'article L. 321-1 du Code du travail, de donner une définition du licenciement pour motif économique en ces termes :

« *Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification substantielle du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques.* » (2).

Le texte de 1989 n'a été que légèrement modifié pour tenir compte de la jurisprudence de la Chambre sociale, puisque, après la mention d'une « *modification du contrat* », le texte actuel, celui de l'article L.1233-3 du

Code du travail, ajoute les mots : « *refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail* ».

Que peut-on dire de ce texte ?

2. Il entretient, à l'évidence, une confusion regrettable entre la nature juridique du licenciement et la cause juridique susceptible de justifier légalement ce licenciement.

Les deux notions ne sont pas liées l'une à l'autre.

Un licenciement peut avoir une nature « *économique* », et ne pas avoir une « *cause économique* » de nature à justifier légalement la rupture du contrat de travail à durée indéterminée.

La circonstance qu'un licenciement prononcé pour motif économique n'ait pas de cause économique réelle et sérieuse ne lui fait pas perdre sa nature économique, avec les conséquences qui en découlent.

Cette évidence a été relativement difficile à comprendre. La Chambre sociale n'a pas vu immédiatement la distinction qu'il convenait d'opérer entre la nature du licenciement et la cause justificative de ce licenciement. En témoigne l'un des premiers arrêts rendus (3). Un salarié avait été licencié au motif qu'il « *coûtait trop cher* ». La Chambre sociale a approuvé, à juste titre, les juges du fond d'avoir considéré ce licenciement comme dénué de cause réelle et sérieuse, mais par une motivation qui démontre que la distinction « *nature – cause* » n'était pas encore faite :

« *En retenant que le fait que ce salarié coûtait trop cher ne saurait constituer dans une entreprise où les profits étaient considérables un motif de rupture, la Cour d'appel a, à bon droit, décidé que le licenciement ne reposait pas sur un motif économique.* »

En réalité le licenciement reposait bien sur un motif économique, puisqu'il ne concernait en rien la personne du salarié. Par contre, le motif économique invoqué : le

(1) P. Ollier, D. Soc. 1978, p. 35.

(2) Pour une première critique de ce texte, cf. Ph. Grangier et C. Sachs-Durand : *Le licenciement économique après la loi du 2 août 1989, première approche*, Dr. Ouv. 1990 p. 165 et s. ;

voir aussi J.-P. Laborde, *La cause économique du licenciement*, D. Soc. 1992, p. 774.

(3) Soc. 24 avril 1990, B. n° 182.

salarié coûtait trop cher, ne constituait pas une cause justificative de ce licenciement.

On peut relever un pareil défaut de qualification dans deux arrêts rendus le même jour (4).

Dans le premier de ces arrêts, un salarié avait été licencié à raison de son âge ; le licenciement, n'étant pas étranger à la personne du salarié, n'avait donc pas la nature d'un licenciement économique.

Dans le second, le licenciement était bien de nature économique, mais la cause de la rupture ne correspondait pas aux exigences de la loi.

Il a fallu, et c'est normal, un certain temps pour bien distinguer les deux plans. C'est ainsi que la Chambre sociale a fini par décider qu'un licenciement économique – c'est-à-dire prononcé pour un motif non inhérent à la personne du salarié – restait un licenciement économique, nonobstant la circonstance qu'il n'avait pas une cause économique réelle et sérieuse, en sorte que le salarié avait droit à la priorité de réembauchage réservé aux salariés licenciés pour motif économique (5).

3. De plus, le texte de la loi comporte une forme pour le moins étonnante quant à la cause justificative du licenciement pour motif économique.

Il aurait été normal que le législateur prenne ses responsabilités et définisse quels éléments de fait étaient susceptibles de caractériser une cause valable de licenciement économique. Dans une situation de crise très grave, où chaque année on comptait plusieurs centaines de milliers de licenciements économiques, on aurait pu imaginer que le législateur définisse avec soin la cause ou les causes justificatives de ces ruptures de contrat de travail. Pas du tout !

La loi du 2 août 1989 a employé une formule que l'on peut qualifier de « cavalière », puisqu'elle est énonciative : « *Suppression ou transformation d'emploi ou modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques* ».

Ainsi, le législateur s'est borné à faire référence d'une part, aux problèmes financiers : « *difficultés économiques* » (ce qui englobe un nombre considérable de situations) et, d'autre part, aux avancées technologiques, sans autre précision. Mais le mot « *notamment* » signifie qu'il existe d'autres causes possibles de prononcer légitimement un licenciement pour motif économique.

Cela est si vrai que, si une Cour d'appel avait refusé d'admettre une cause de licenciement économique autre que les difficultés économiques et les mutations technologiques, sous le prétexte que ces circonstances

étaient les seules qui pouvaient être prises en considération, sa décision aurait dû être cassée pour violation de la loi.

La formule de l'article L.1233-3 du Code du travail, qui implique nécessairement que d'autres causes que des difficultés économiques ou des mutations technologiques puissent justifier un ou des licenciements économiques, déclenche automatiquement l'application de la règle énoncée dans l'article 4 du Code civil, c'est-à-dire l'obligation pour le juge de dire le droit, même si la loi est muette, obscure ou insuffisante.

Quel bilan peut-on tirer, à ce jour, de la jurisprudence ?

Celle-ci a été prudente dans sa recherche. Certaine qu'il existait d'autres causes justificatives des licenciements économiques en dehors des difficultés économiques et des mutations technologiques, à raison de l'emploi du mot « *notamment* », la Cour de cassation a été, assez rapidement, confrontée au phénomène de la « *réorganisation* » de l'entreprise.

Admettons d'abord qu'il est normal qu'une entreprise s'organise et se réorganise. C'est même un devoir du chef d'entreprise de s'adapter au marché, à l'évolution des mœurs et des techniques. Tant que ces réorganisations n'entraînent pas de licenciements, elles relèvent du pouvoir de gestion du chef d'entreprise.

Mais le problème est différent quand une réorganisation s'accompagne, ce qui est fréquent, de licenciements pour motif économique.

Sont-ils justifiés légalement ? La réorganisation – qui, à certains égards, est une obligation pour l'entrepreneur, qui doit s'adapter aux évolutions du marché – risque de devenir le motif général et idéal justifiant n'importe quels licenciements économiques.

Il est des cas où la réorganisation n'est pas contestable. Ainsi, lorsque cette mesure est la conséquence de difficultés économiques. Il vaut mieux réorganiser l'entreprise, en supprimant certains emplois d'une utilité douteuse ou même des activités non rentables, plutôt que de déposer le bilan et de s'orienter vers une fermeture de l'entreprise ou une suppression de telle ou telle succursale, ce qui conduira à un licenciement général.

Il en va de même pour l'hypothèse d'une mutation technologique. Celle-ci contraint l'employeur à cesser certaines activités ou fabrications, ce qui justifie le licenciement économique de certains salariés.

Notons cependant que la Cour de cassation a renoncé à dire que l'employeur était « *seul juge* » de l'existence de difficultés économiques (6). Il en va de même nécessairement pour le contrôle de l'existence d'une

(4) Soc. 24 avril 1999, B. n° 181, et Soc. 24 avril 1999, B. n° 183.

(5) Soc. 13 avril 1999, B. n° 171.

(6) Soc. 12 mai 1998, B. n° 245.

mutation technologique. Dans les deux cas, le juge du fond doit vérifier la réalité du motif invoqué.

Le problème que pose le texte légal est celui des licenciements économiques à l'occasion d'une réorganisation qui n'est due ni à des difficultés économiques, ni à une mutation technologique.

Après réflexion, la Chambre sociale a estimé qu'elle ne pouvait exclure cette possibilité sans enserrer les entreprises dans un carcan juridique si sévère qu'il risquerait de nuire à la prospérité de l'économie, qui conditionne en partie l'emploi et le versement de salaires convenables.

Cette ouverture s'est faite en deux temps.

N'ayant pas immédiatement les éléments d'information suffisants pour définir quelles réorganisations étaient légitimes et quelles autres réorganisations ne pouvaient être admises, elle a décidé, dans un premier temps, de recourir à une des notions classiques du droit : « *l'intérêt de l'entreprise* ».

L'arrêt *Madrelle*, du 1^{er} avril 1992 (7), est le premier qui décide, dans un chapeau intérieur :

« *Qu'à la condition d'être décidée dans l'intérêt de l'entreprise, une réorganisation de celle-ci peut constituer une cause économique de suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification substantielle du contrat de travail.* »

La condition ainsi posée permettait aux juges du fond, comme à la Cour de cassation, de contrôler la « *réorganisation* » et de vérifier non seulement qu'elle correspondait à une nécessité, mais qu'elle servait aussi bien les intérêts des actionnaires que ceux des salariés et des sous-traitants.

La crise économique s'étant aggravée et la difficulté pour les juges du fond d'exercer un contrôle efficace sur le fonctionnement des entreprises étant latente, un nouveau critère – plus précis et exigeant – a dû être défini. La Chambre sociale a saisi l'occasion d'une « *délocalisation* » pour définir plus complètement la cause économique justifiant des licenciements.

Après avoir reconnu, à nouveau, qu'une réorganisation pouvait être, à certaines conditions, la cause de licenciements économiques, la Cour de cassation a ajouté « *que lorsqu'elle n'est pas liée à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques, une réorganisation ne peut constituer un motif économique que si elle est effectuée pour sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité* ».

La formule est évidemment maladroite et il aurait fallu écrire : « *ne peut constituer une cause réelle et sérieuse*

de licenciement économique que si elle est effectuée pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise ou, si celle-ci appartient à un groupe, du secteur d'activité concerné ».

Mais, sauf ceux qui ont fait semblant de ne pas comprendre, tout le monde a saisi le mécanisme.

Il faut rappeler que cette notion de « *compétitivité* » avait déjà été utilisée dans un arrêt rendu en formation restreinte le 19 octobre 1994 (8), mais dans un sens tout à fait différent puisque cette décision restée isolée – et sans valeur contraignante – avait admis que des licenciements économiques pouvaient être justifiés par une réorganisation destinée à « *améliorer la rentabilité de l'entreprise* » !

La Chambre sociale n'a entendu consacrer que « *la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise* », c'est-à-dire sa survie, et non pas des profits supplémentaires. Autrement dit, ce n'est que si des signes concrets et objectifs permettent de discerner une menace précise sur la compétitivité de l'entreprise, et donc, à terme, sur sa survie, que des mesures de réorganisation pourront justifier des licenciements économiques.

L'arrêt *Pages Jaunes* du 11 janvier 2006 (9), malgré ses ambiguïtés, a maintenu cette ligne.

Par ailleurs, la Chambre sociale a admis ultérieurement une autre cause possible de licenciements économiques justifiés : la fermeture de l'entreprise. On ne s'attardera pas à cette situation, qui est rare.

4. Bien d'autres aspects de la jurisprudence en matière de licenciements économiques mériteraient de longues explications – notamment sur les licenciements collectifs et la nécessité du plan social –, mais il faudra y revenir un autre jour.

Néanmoins, il est intéressant de dire quelques mots sur la question de l'ordre des licenciements.

Un arrêt important, celui du 14 janvier 1997 (10), n'a pas été compris et n'a pas reçu véritablement application.

Au préalable il faut retenir que la question de l'ordre des licenciements a fait de grand progrès. En effet, la jurisprudence a longtemps laissé à l'employeur une marge de liberté telle qu'il avait, en pratique, la liberté de choisir, à son gré, les salariés qu'il entendait conserver à son service. Et cela par deux moyens : d'une part, si l'employeur doit tenir compte de plusieurs critères, il peut privilégier celui des qualités professionnelles (11) ; d'autre part, la jurisprudence considérait que l'employeur était « *seul juge* » des dites qualités professionnelles.

(7) Dr. Soc. 1992, p. 481.

(8) RJS 1994, n° 1360.

(9) B. n° 10, Dr. Ouv. 2006 p. 369, note M.-F. Bied-Charreton.

(10) B. n° 16, Dr. Ouv. 1997 p. 218, n. F.S., *Grands arrêts*, 4^e éd., n° 113.

(11) Soc. 8 avril 1992, B. n° 259 ; 20 janvier 1993, B. n° 18.

Cette dernière jurisprudence a été, à juste titre, abandonnée ; désormais l'employeur doit justifier, par des documents objectifs, de l'impartialité de son choix et le juge exerce son contrôle sur ce point (12).

Restent deux problèmes qui continuent à susciter quelques discussions.

La première de ces controverses concerne le moment auquel l'ordre des licenciements doit être dressé. Des auteurs ont soutenu que l'ordre des licenciements devait être dressé dès l'instant qu'un licenciement économique collectif serait projeté (13).

Cette solution n'a pas été admise par la Chambre sociale, qui a décidé dans l'affaire *IBM « que l'employeur n'est tenu de mettre en œuvre les dispositions de l'article L. 321-1-1 du Code du travail relatif à l'établissement et à l'application des critères fixant l'ordre des licenciements, que lorsqu'un licenciement pour motif économique est décidé »* (14). Rien n'interdit, au contraire, d'établir la liste des critères de licenciement au début de la procédure. Par contre, la mise en œuvre ne doit avoir lieu qu'au moment où un ou plusieurs licenciements doivent être prononcés.

Le plan social a précisément pour but d'éviter des licenciements : les mesures qui sont prévues par ce plan deviendraient inefficaces si la liste des licenciements était dressée à l'avance (15).

La seconde controverse est relative à la sanction du défaut de respect de l'ordre des licenciements.

Tout le monde est d'accord pour dire que la méconnaissance par l'employeur de l'ordre des licenciements doit donner lieu à sanction. Celle-ci est une indemnité qui doit être égale au préjudice subi, même si l'idée d'une sanction pécuniaire pour la violation d'une obligation importante reste sous-jacente.

Mais certains ont suggéré d'assimiler le non-respect de l'ordre des licenciements à un défaut de cause réelle et sérieuse. Malgré quelques décisions équivoques, la Chambre sociale a maintenu, à juste titre, une différence entre le régime du licenciement prononcé sans cause réelle et sérieuse, et celui du licenciement ne respectant pas l'ordre préétabli des licenciements (16).

La pensée de la Chambre sociale, exprimée sous une forme trop concise par l'arrêt du 14 janvier 1997, est en réalité la suivante.

Il n'est nullement interdit aux juges du fond, après avoir constaté que les règles de l'ordre des licenciements n'ont pas été respectées, d'allouer au salarié une somme

égale, ou supérieure, à celle prévue en cas de licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse.

Appliquer à l'hypothèse d'une mise en œuvre fautive de l'ordre des licenciements la sanction prévue en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse n'a aucun sens ! Par contre, il est exact que, s'il est démontré qu'une application correcte de l'ordre des licenciements aurait amené un salarié à conserver son emploi, la réparation du préjudice qu'il a subi peut être analogue à celle qu'il aurait obtenue pour un défaut de cause réelle et sérieuse.

C'est ce que la Chambre sociale a voulu dire et, probablement, elle n'a pas été comprise, ce qui signifie qu'elle n'a pas rédigé son arrêt de la manière aussi claire qu'on l'aurait souhaité.

La Chambre sociale a invité le salarié, victime d'un manquement dans la mise en œuvre de l'ordre des licenciements, à démontrer qu'une mise en œuvre correcte de cet ordre lui aurait évité un licenciement. Dans un tel cas, la sanction doit être égale ou supérieure à six mois de salaires.

Par contre, si cette démonstration n'est pas faite, il n'existe aucune raison d'allouer au salarié une telle indemnité. Il a droit seulement à la réparation du préjudice causé directement par le défaut de mise en œuvre du mécanisme légal, comme c'est le cas pour toute irrégularité formelle de la procédure de licenciement.

* **

En conclusion de ces quelques bribes de réflexion sur un sujet qui fâche, il faut retenir que le licenciement économique n'est certes pas un bien, mais qu'il est inévitable. Dès lors, il faut en réguler le fonctionnement.

Recourir aux systèmes d'autorisation, que celle-ci soit tacite ou expresse, qu'elle soit administrative ou judiciaire (on voit mal le Tribunal de commerce jouer un rôle dans la régulation des licenciements), est illusoire.

Le système actuel, qui consiste à définir, grâce à une heureuse combinaison de la loi et de la jurisprudence, les causes admissibles de licenciements économiques et à soumettre, *a posteriori*, les licenciements au contrôle du juge judiciaire, a donné la preuve de son efficacité.

A quoi bon rechercher ailleurs des solutions. La jurisprudence saura, en évoluant si cela est nécessaire, adapter le régime du licenciement économique aux circonstances.

Philippe Waquet

(12) Soc. 15 juin 1994, D. Soc. 1994, p. 809 ; 14 janvier 1997, B. n° 16 ; 3 avril 2002, RJS 2002, n° 797.

(13) cf. H.-J. Legrand, *L'ordre des licenciements ou l'identification du salarié atteint par une suppression d'emploi*, Dr. Soc. 1995, p. 243 ; J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, 24^e éd., n° 496.

(14) Soc. 3 décembre 1996, D. Soc. 1997, p. 105, obs. J. Savatier

(15) Cf. A. Mazeaud, *Droit du travail*, 5^e éd., n° 625.

(16) Soc. 14 janvier 1997, B. n° 16 ; 20 janvier 1998, B. n° 20 ; 2 février 2006, B. n° 57.