

Le juge prud'homal face aux motifs économiques du licenciement

par Franck PETIT, Professeur à l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse

PLAN

I. L'emploi menacé

- A. Les motifs matériels
- B. Les motifs originels
- C. Le respect des critères de l'ordre des licenciements

II. L'emploi pérennisé

- A. En amont de toute menace de licenciement pour motif économique : *Former et adapter le salarié à l'évolution de son emploi*
- B. Devant la menace d'un licenciement pour motif économique : *Essayer de reclasser*

La loi du 13 juillet 1973, dont l'objet central reste la création de la notion de cause réelle et sérieuse de licenciement, s'est quelque peu désintéressée du licenciement économique. Mais, à la suite de la multiplication des plans de licenciements consécutifs au choc pétrolier, la nécessité s'est faite sentir de réglementer les résiliations justifiées par un motif économique : la loi du 3 janvier 1975 institua alors une autorisation administrative préalable à tout licenciement motivé par des considérations économiques.

Considérée comme une atteinte excessive au pouvoir de gestion de l'employeur, le législateur a finalement supprimé cette autorisation en 1986, en la remplaçant par une simple information de l'administration. L'appréciation judiciaire des motifs du licenciement prit ainsi le relais du contrôle administratif ; il ne manquait plus qu'une définition précise des motifs justifiant les licenciements ; c'était précisément l'apport de la loi du 2 août 1989, qui déterminait les motifs du licenciement (1) et instituait une procédure destinée à prévenir les licenciements ou à en limiter les conséquences, notamment au moyen d'un plan social, devenu plan de sauvegarde de l'emploi par la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002.

Le début du XXI^{ème} siècle a également été marqué par la négociation des procédures de licenciement, sous la forme d'accords de méthode, dont l'objet est de fixer les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise en cas de grands licenciements collectifs pour motif économique (« *lorsque l'employeur projette de prononcer le licenciement pour motif économique d'au moins dix salariés sur une même période de trente jours* »). La loi relative à la sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 est même allée plus loin en permettant la négociation du plan de sauvegarde de l'emploi lui-même.

Le débat s'est aussi déplacé sur la traduction juridique de la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC). Le législateur a souhaité la placer au cœur des négociations collectives et des préoccupations des employeurs, avec l'idée de prévenir les licenciements collectifs et de garantir l'employabilité des salariés en facilitant leur mobilité professionnelle et géographique. Les accords collectifs de maintien de l'emploi, signés à chaud en contrepartie d'une perte d'avantages pour les salariés, de même que les accords de préservation ou de dévelop-

pement de l'emploi, peuvent être présentés comme une manifestation d'échec de cette GPEC.

La question du reclassement des salariés à l'étranger a enfin suscité une intervention du législateur (2) en vue d'améliorer l'information des salariés sur les perspectives de mobilité. Une procédure individualisée a été mise en place pour permettre au salarié interrogé d'exclure la réception d'offres de reclassement à l'étranger ou, dans le cas contraire, de formuler des restrictions quant aux caractéristiques des emplois offerts, notamment en matière de rémunération et de localisation (3).

Il ressort de cette rapide présentation historique que le droit du licenciement économique a été profondément remanié sous l'impulsion du législateur et, préalablement, des partenaires sociaux. Il en résulte une législation pour le moins complexe et changeante, sur la base de laquelle la Cour de cassation, mise sur le devant de la scène, a déployé une intense activité, apportant ainsi à sa construction une contribution décisive, notamment avec la montée en puissance d'une obligation de reclassement mise au service de la pérennisation des emplois. Un autre juge – le

(1) Art. L. 1233-3 C. trav.

(2) Loi n° 2010-499 du 18 mai 2010.

(3) Art. L. 1233-4-1 C. trav.

Conseil constitutionnel – s’est même fait l’écho de cette politique jurisprudentielle en inscrivant l’obligation de reclassement dans le prolongement du droit à l’emploi, constitutionnellement protégé.

Moins qu’un contre-pouvoir, le juge prud’homal est devenu la mesure naturelle des politiques d’emploi ; il est le garant de leur efficacité et n’hésite pas, dans

le domaine des licenciements économiques, à en corriger la trajectoire.

Son action s’observe autant sur la définition des motifs économiques menaçant l’emploi (I) que sur l’effectivité des mesures individuelles de formation, d’adaptation et de reclassement permettant de le pérenniser (II).

I. L’emploi menacé

Selon la distinction opérée par M. Jean Pélissier (4), la première cause de la décision de résiliation du contrat de travail pour motif économique, dite « qualificative », participe de la qualification de la rupture en l’inscrivant dans le champ et le régime du licenciement pour motif économique ; ce type de licenciement ne peut se justifier que par un « *motif non-inhérent à la personne du salarié* » : la raison qui est à l’origine de la mesure – de manière apparente ou, parfois, cachée – doit être étrangère au comportement du salarié. La rupture doit s’appuyer sur un motif directement lié au *fonctionnement* et aux *dysfonctionnements* de l’entreprise.

Une seconde cause, dite « justificative », vient en complément : elle donne à la rupture une justification concrète, dont il revient au juge judiciaire d’apprécier le bien-fondé. C’est de cette seconde cause que l’on débattrait dans cette étude relative à l’appréciation judiciaire des motifs du licenciement.

Selon l’article L. 1233-3 du Code du travail, issu de la loi *Soisson* du 2 août 1989 et dernièrement modifié par la loi *El Khomri* du 8 août 2016, l’employeur doit justifier la rupture par « *une suppression ou une transformation d’emploi ou une modification, refusée par le salarié, d’un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment : 1° À des difficultés économiques (...); 2° À des mutations technologiques ; 3° À une réorganisation de l’entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité ; 4° À la cessation d’activité de l’entreprise (...)* ».

La lettre de licenciement, document essentiel pour garantir les droits de la défense du salarié, doit donc faire apparaître un *double étage de motifs* : d’abord y

figure l’un des motifs matériels prévus par ce texte : la suppression de l’emploi, sa transformation ou la modification du contrat de travail (A) ; ensuite s’y ajoute, à titre de complément obligé, l’un des motifs originels (B) prévus par le même texte : les difficultés économiques, les mutations technologiques, la réorganisation de l’entreprise nécessaire pour sauvegarder la compétitivité de l’entreprise, la fermeture de l’entreprise pour une cause étrangère à la volonté de l’employeur.

Lorsque plusieurs salariés occupant un emploi similaire et, partant, mis en concurrence peuvent être concernés par le licenciement, il revient au juge, en dernier lieu, de vérifier si l’employeur a respecté les critères présidant à l’ordre des licenciements. On ne peut effectivement accepter qu’un salarié soit licencié à la place d’un autre (C).

A. Les motifs matériels

Tout licenciement pour motif économique doit reposer sur une cause réelle et sérieuse, c’est-à-dire des raisons non pas seulement tangibles et objectives, mais également suffisamment importantes et pertinentes.

Si la ou les causes font défaut dans la lettre de licenciement, le juge considère que la motivation du licenciement manque de précision et en conclut, par application de la jurisprudence *Rogie*, que le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse (5). En revanche, dès qu’il estime que l’annonciation du motif est suffisamment précise, le juge est en charge de l’appréciation de la justification du licenciement (6). Il est alors amené à vérifier, dans un premier temps,

(4) J. Pélissier, La cause économique du licenciement, RJS 1992, p. 527.

(5) Cass. Soc. 11 juin 2002, n° 00-40.214 : « *Attendu, cependant, que la lettre de licenciement doit comporter non seulement l’annonciation des difficultés économiques, mutations technologiques ou de la réorganisation de l’entreprise, mais également l’annonciation des incidences sur l’emploi ou le contrat de travail du salarié licencié de ces éléments ; qu’en l’espèce, les termes de la lettre de licenciement précisaient seulement les difficultés économiques, mais non leur incidence sur l’emploi occupé par M. X... ; d’où il suit qu’en statuant comme elle l’a fait, la cour d’appel a violé les textes susvisés* ». Une

simple référence à une baisse d’activité, sans autre élément, n’est toujours pas suffisante pour justifier la disparition d’un emploi (Cass. Soc. 30 avr. 1997, Bull. V, n° 150 ; 22 mars 2009, n° 08-41.995 ; 16 fév. 2011, n° 09-72.172), de même que la seule mention de la conjoncture économique (Cass. Soc. 11 déc. 1997, n° 94-45.407). En revanche, lorsque la lettre de licenciement fait référence à des « *faits précis et matériellement vérifiables* » venant étayer une baisse d’activité, le juge doit vérifier l’existence des difficultés économiques résultant de cette baisse d’activité (Cass. Soc. 16 fév. 2011, n° 10-10.110, obs. J. Siro, D. 2011, p. 684).

(6) Art. L. 1235-1 C. trav.

l'existence de la suppression (1.) ou de la transformation d'emploi (2.), à moins qu'il ne s'agisse d'une modification du contrat de travail (3.).

1. La suppression d'emploi

La suppression d'emploi implique qu'il y ait sureffectif dans l'entreprise ; elle doit être réelle, c'est-à-dire correspondre à la *disparition d'un poste*. Il n'y a donc pas suppression d'emploi si un autre salarié est embauché pour remplacer le partant. Il n'en va différemment que si le nouvel embauché occupe un poste différent de celui qui a été libéré.

Pour autant, la disparition d'un poste de travail ne signifie pas nécessairement disparition des tâches. Adoptant une conception assez large de la notion de suppression, la Cour de cassation considère que la suppression reste caractérisée si les tâches sont réparties entre les autres salariés de l'entreprise, attribuées à des travailleurs bénévoles ou assumées par des administrateurs non-salariés.

2. La transformation d'emploi

La transformation d'emploi correspond à un changement de nature de l'emploi, c'est-à-dire à une transformation touchant l'emploi dans sa qualification, voire dans sa localisation (7).

3. La modification du contrat de travail

La modification du contrat de travail est uniquement celle que justifie l'une des causes originelles visées par l'article L. 1233-3 du Code du travail ; sont donc exclues toutes les modifications reposant sur un motif inhérent à la personne du salarié (telles que la modification consécutive à une sanction disciplinaire de type « mutation » ou « rétrogradation »). L'employeur qui envisage une modification pour un motif économique doit en informer chaque salarié concerné, par lettre recommandée avec accusé de réception. Si ce dernier ne répond pas à la proposition dans le délai d'un mois (8), il est censé l'avoir acceptée. S'il veut

la refuser, il peut le faire par écrit ; en présence d'un tel refus, l'employeur peut alors prononcer le licenciement – si la modification repose sur une cause réelle et sérieuse, mais il peut également renoncer à sa proposition.

B. Les motifs originels

Le licenciement pour motif économique doit ensuite reposer sur l'une des causes originelles que l'article L. 1233-3 énumère de manière indicative, comme l'atteste l'utilisation de l'adverbe « *notamment* » : des difficultés économiques (1.) ; des mutations technologiques (2.) ; une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité (3.) ; la cessation d'activité de l'entreprise (4.).

1. Les difficultés économiques

En tête de liste figurent les difficultés économiques, dont le juge s'est efforcé très tôt d'en circonscrire les limites. Elles doivent être importantes et permanentes, telles qu'un résultat déficitaire ou une baisse sensible d'activité. Ainsi n'est pas admis le simple « licenciement d'économie », qui a pour seul objet de réduire les charges salariales (9), alors que les profits de l'entreprise sont considérables. Les difficultés économiques s'apprécient au niveau du groupe, dans le secteur d'activité (10) auquel appartient l'entreprise, sans qu'il y ait lieu de réduire le groupe aux sociétés et entreprises situées sur le territoire national (11). Un arrêt du 23 juin 2009 confirme et précise ces jurisprudences : la spécialisation d'une entreprise au sein d'un groupe ou son implantation dans un pays différent ne suffit pas à exclure son rattachement à un secteur du groupe (11 bis).

Avec la loi *El Khomri* du 8 août 2016, le législateur a décidé de cantonner strictement le domaine du licenciement pour motif économique, notamment à travers une appréciation très encadrée des difficultés économiques (12). Désormais, les difficultés économiques doivent être caractérisées soit par l'évo-

(7) Il est vrai, toutefois, que la jurisprudence assimile davantage la délocalisation des emplois à leur suppression : v. les arrêts *Vidéocolor* et *TRWrepa* du 5 avr. 1995, Dr. Soc. 1995, p. 488, Dr. Ouv. 1995 p. 284.

(8) Cass. Soc. 3 mars 2009, n° 07-42.850 : le délai d'un mois prévu au deuxième alinéa de l'article L. 1222-6 du Code du travail constitue une période de réflexion destinée à permettre au salarié de prendre parti sur la proposition de modification en mesurant les conséquences de son choix ; le salarié devant disposer d'un mois entier pour se prononcer, il en résulte que le délai expire à minuit le jour du mois suivant qui porte le même quantième que le jour de la réception de la lettre recommandée contenant la proposition de modification.

(9) Les exemples jurisprudentiels ne manquent pas : v. d'abord Cass. Soc., 24 avr. 1990, Bull. V, n° 183 ; il a ensuite été jugé que le coût élevé du travail d'un salarié ne constitue pas un motif économique de licenciement, lorsque la situation financière de l'entreprise lui permet d'en assurer la charge (Cass. Soc. 16 mars 1994, Dr. Soc. 1994, p. 515), que le licenciement est dénuée de cause réelle et

sérieuse lorsque « *la réorganisation du régime des rémunérations ne se justifiait que par la volonté de réaliser des bénéfices plus importants et non par la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise ou du groupe* » (Cass. Soc. 26 nov. 1996, Dr. Soc. 1997, p. 103), qu'un licenciement ne pouvait être dicté par le désir d'augmenter les profits ou de remettre en cause une situation jugée trop favorable aux salariés (Cass. Soc., 30 sept. 1997, Dr. Soc. 1997, p. 1098) ; v. aussi Cass. Soc. 9 déc. 2003, n° 01-46.228 : un simple objectif de gestion consistant à réduire la masse salariale ne constitue pas une cause économique de licenciement.

(10) Cass. Soc. 5 avr. 1995, n° 93-42.690 ; 10 juil. 2002, n° 00-44.020.

(11) Cass. Soc. 12 juin 2001, n° 99-41.571 ; 10 déc. 2003, n° 01-47.147.

(11 bis) Cass. Soc. 23 juin 2009, n° 07-45.668.

(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.

lution significative d'au moins un indicateur économique, tel qu'une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires, des pertes d'exploitation ou une dégradation de la trésorerie ou de l'excédent brut d'exploitation, soit par tout autre élément de nature à justifier de ces difficultés. D'après la lettre de la loi, une « *baisse significative des commandes ou du chiffre d'affaires est constituée* » dès lors que « *la durée de cette baisse est, en comparaison avec la même période de l'année précédente, au moins égale à un trimestre pour une entreprise de moins de onze salariés, deux trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins onze salariés et de moins de cinquante salariés, trois trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins cinquante salariés et de moins de trois cents salariés, quatre trimestres consécutifs pour une entreprise de trois cents salariés et plus* ».

On remarquera que l'adjectif « *significatif* » n'est pas retenu pour caractériser l'importance de la baisse de l'indicateur choisi. La loi la déclare « *significative* » uniquement si cette baisse s'observe sur une période donnée, en comparaison avec ce qui se passait l'année précédente. Mais cela n'enlève en rien au Conseil de prud'hommes le pouvoir de neutraliser cette baisse si, au final, elle s'avère insignifiante en quantité. Par ailleurs, le juge pourra toujours considérer que le choix de l'indicateur et la démonstration de l'employeur ne sont guère pertinents, notamment si les autres indicateurs montrent que l'entreprise est en bonne santé financière. Même si l'employeur dispose du « *privilège du préalable* » en choisissant l'indicateur qui deviendra le pivot de son argumentation, le juge devrait toujours pouvoir, dans son appréciation du motif économique, se faire aider des explications apportées par le salarié ou son défenseur, lesquels n'ont nullement l'obligation de se cantonner au seul indicateur choisi par l'employeur. On attend, sur ce point, les précisions de la Cour de cassation, à moins qu'elle ne décide de s'en remettre, selon la formule consacrée, à « *l'appréciation souveraine des juges du fond* ».

2. Les mutations technologiques

L'employeur peut aussi invoquer comme faits justificatifs des mutations technologiques ; celles-ci doivent trouver leur fondement dans une modification interne à l'entreprise et résulter d'innovations substantielles, susceptibles de modifier la nature des emplois. Pour

aider les salariés à s'adapter au nouveau matériel de productions, l'employeur doit veiller à mettre en place, comme l'y oblige son devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi (13), un ensemble de mesures d'accompagnement suffisantes pour aider le personnel en poste à intérioriser et assimiler les transformations technologiques.

3. La réorganisation nécessaire pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise

La jurisprudence a d'abord admis le motif de la réorganisation lorsqu'il était dicté par l'intérêt de l'entreprise ; mais ce dernier critère était d'une utilisation délicate et a rapidement été remplacé par celui de la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise.

Cette évolution de la notion de réorganisation s'est faite en plusieurs temps : la Chambre sociale de la Cour de cassation s'est d'abord contentée de réorganisations permettant d'assurer la compétitivité de l'entreprise ; cette expression s'est rapidement révélée ambiguë, car elle pouvait couvrir toutes sortes de situations, notamment celles consistant à supprimer des emplois pour offrir un plus grand confort à l'entreprise, pour lui permettre de dégager des bénéfices plus importants. C'est pourquoi, dès 1995, la Cour de cassation a conditionné la mesure de réorganisation à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise : « *Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification substantielle du contrat de travail consécutives, notamment, à des difficultés économiques, à des mutations technologiques ou à une réorganisation ; (...)* 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 » (14).

Ces décisions du 5 avril 1995 ont permis, avec les arrêts *Pages Jaunes* du 11 janvier 2006 (15), de marquer les limites de la notion de réorganisation : elle n'est possible que si elle permet de sauver l'entreprise d'un péril prévisible. Il s'agit d'un motif autonome - distinct des « *difficultés économiques* » ou des « *mutations technologiques* » - qui laisse toutefois une assez grande liberté aux employeurs pour restructurer leur entreprise. Plus précisément, la mesure de réorganisation sert à anticiper, à prévenir des diffi-

(13) Art. L. 1233-4 C. trav.

(14) Arrêts *Vidéocolor* et *TRWrepa* du 5 avr. 1995, Dr. Soc. 1995, p. 488, Dr. Ouv. 1995 p. 284.

(15) V. par exemple pourvoi n°05-40.976, Dr. Ouv. 2006 p.369 n. M.-F. Bied-Charreton et P. Darves-Bornoz : « *Une réorganisation de l'entreprise constitue un motif économique de licenciement si elle est effectuée pour en sauvegarder la compétitivité ou celle*

du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient ; répondez à ce critère la réorganisation mise en oeuvre pour prévenir des difficultés économiques liées à des évolutions technologiques et leurs conséquences sur l'emploi, sans être subordonnée à l'existence de difficultés économiques à la date du licenciement ; qu'il s'ensuit que la modification des contrats de travail résultant d'une telle réorganisation a elle-même une cause économique ».

cultés économiques liées à des évolutions technologiques et leurs conséquences sur l'emploi, sans être subordonnée à l'existence de difficultés économiques à la date du licenciement. Toutefois, l'employeur qui l'invoque doit prouver que, dans un avenir relativement proche, l'entreprise ne sera plus à même de faire face à la concurrence et qu'elle sera donc menacée de *dépérissement* (16).

Dans l'arrêt *SAT*, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a apporté une ultime précision sur ce motif, dont elle consacre la place et l'importance dans l'ordonnancement juridique : la réorganisation ne peut être envisagée que si elle est « *nécessaire* » à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient (17).

L'arrêt *SAT* a également confirmé la jurisprudence de la Chambre sociale quant à la détermination du périmètre de la réorganisation. Ce niveau est d'abord celui de l'entreprise. Toutefois, la prospérité de cette dernière dépend souvent des décisions d'un groupe, lequel peut aisément appauvrir ou favoriser, selon le cas, ses filiales. C'est donc au niveau du groupe qu'il faut se situer pour apprécier le bien-fondé d'une réorganisation. Mais les magistrats ont pu observer que les groupes internationaux exerçaient des activités différenciées. Il a donc paru plus pragmatique à la Cour de cassation d'exercer son contrôle de la réorganisation dans le seul cadre du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise considérée.

4. La cessation d'activité

Une dernière cause autonome de licenciement a été admise, d'abord par le juge, puis par le législateur : il s'agit de la cessation d'activité de l'entreprise, dès lors qu'elle n'est pas due à une faute de l'employeur ou à sa légèreté blâmable. Les juges ont initialement reconnu qu'un licenciement fondé sur la fermeture d'un établissement, consécutive à la résiliation, à l'initiative du propriétaire, du bail commercial, était justifié (18).

À l'égard d'une cessation d'activité d'une entre-

prise comprise dans un groupe, il appartient au juge d'apprécier le degré d'autonomie de cette entreprise par rapport aux autres entreprises et la société-mère pour apprécier le bien-fondé des licenciements ; il ne faudrait pas, en effet, qu'une cessation d'activité soit artificiellement provoquée par les autres sociétés du groupe, notamment par la société-mère. En conséquence, lorsqu'un salarié a pour co-employeurs des entités faisant partie d'un même groupe, la cessation d'activité de l'une d'entre elles ne peut constituer une cause économique de licenciement qu'à la condition d'être justifiée par des difficultés économiques, par une mutation technologique ou par la nécessité de sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité du groupe dont elles relèvent (19).

En revanche, dans les autres cas, la cessation d'activité demeure une cause autonome de licenciement et il appartient au juge de rechercher l'absence de faute ou de légèreté blâmable de l'employeur pour dire si le licenciement est justifié ; en la matière, il a été précisé que, si le juge ne peut déduire la faute ou la légèreté blâmable de l'employeur de la seule absence de difficultés économiques ou, à l'inverse, déduire l'absence de faute de l'existence de telles difficultés, il ne lui est pas interdit de prendre en compte la situation de l'entreprise pour apprécier le comportement de l'employeur (20).

C. Le respect des critères de l'ordre des licenciements

Lorsqu'il doit procéder à un licenciement collectif pour motif économique, l'employeur est tenu de se séparer des salariés que l'ordre des licenciements désigne (21). Ce dernier est déterminé à l'aide de critères définis par convention ou accord collectif. À défaut, ils sont définis directement par l'employeur, après consultation des représentants élus du personnel. D'après l'article L. 1235-5 du Code du travail, ces critères « *prennent notamment en compte les charges de famille, et en particulier celles de parents isolés, l'ancienneté de service dans l'établissement ou l'entreprise, la situation des salariés qui présentent des caractéristiques sociales rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile,*

(16) Ce qu'ont confirmé les arrêts *Pages Jaunes* rendus le 11 janv. 2006, préc.

(17) Cass. Ass. plén. 8 déc. 2000, concl. P. de Caigny, L'employeur seul juge du choix économique, Dr. Soc. 2001, p. 126 ; Dr. Ouv. 2001 p. 357 n. M. Henry et F. Saramito.

(18) Cass. Soc. 16 janv. 2001, Dr. Soc. 2001, p. 423, note J. Savatier.

(19) Cass. Soc. 18 janv. 2011, n°09-69.199, Dr. Ouv. 2011 p. 273, n. P. Darves-Bornoz ; G. Couturier, La fermeture d'une filiale : le recours des salariés licenciés, Dr. Soc. avr. 2011, p. 372 ; F. Géa, La cessation d'activité d'une filiale : quel contrôle des licenciements ?, RDT 2011, p. 168 ; P. Morvan, Co-emploi et licenciement économique dans les groupes de sociétés : des

liaisons dangereuses, JCP S 2011, 1065 ; P.-H. Antonmattéi, Groupe de sociétés : la menace du co-employeur se confirme, Semaine Sociale Lamy 2011, n° 1484.

(20) Cass. Soc. 1^{er} fév. 2011, n°s 10-30.046, 10-30.047, 10-30.048, Dr. Ouv. 2011, p. 584 n. A. Ferrer ; v. l'art. de G. Couturier, Dr. Soc. 2011, p. 381.

(21) L'art. L. 1233-5 C. trav. indique que le respect de l'ordre des licenciements ne s'impose qu'en présence d'un licenciement collectif pour motif économique. Il serait pourtant souhaitable de l'appliquer dans l'hypothèse d'un licenciement individuel, lorsqu'il appartient à l'employeur de choisir le partant parmi plusieurs salariés.

notamment des personnes handicapées et des salariés âgés, les qualités professionnelles appréciées par catégorie » (22).

Le législateur n'est donc guère exigeant lorsqu'il revient à l'employeur de fixer ces critères, qui sont présentés dans un ordre purement indicatif. C'est la jurisprudence qui a précisé leurs modalités d'application ; il a été jugé que l'employeur devait les envisager tous (23), même s'il pouvait en privilégier un. Il peut également ajouter à la liste légale un critère de son choix, puisque l'article L.1235-1 du Code du travail ne présente pas une liste exhaustive, comme le suggère l'utilisation de l'adverbe « *notamment* ». En cas de contestation, il doit communiquer au juge les éléments objectifs sur lesquels il s'est appuyé pour arrêter son choix (24).

Le législateur a pris soin de distinguer les critères de définition du licenciement pour motif économique (25) des critères de l'ordre des licenciements (26). C'est pourquoi la violation de ces derniers critères ne semble constituer qu'une irrégularité de procédure n'entachant pas la validité du licenciement. En conséquence, le salarié qui aurait pu échapper au licenciement par application des critères de l'ordre des licenciements a droit non pas à l'indemnité de licenciement pour cause réelle et sérieuse, mais à des dommages et intérêts librement appréciés par le juge.

Mais il est vrai, parfois, que le salarié victime d'une violation des critères de l'ordre des licenciements n'aurait jamais dû perdre son poste : c'est pourquoi il a été décidé que « *l'inobservation des règles relatives à l'ordre des licenciements constitue une illégalité qui entraîne pour celui-ci un préjudice pouvant aller jusqu'à la perte injustifiée de son emploi, lequel doit être intégralement réparé, selon son étendue, par les juges du fond* » (27). En pratique, cela signifie que la victime pourrait obtenir une indemnité comparable à celle qui répare le licenciement sans cause réelle et sérieuse.

L'employeur doit également communiquer au salarié qui en fait la demande les critères qui ont conduit à son licenciement. Ces critères n'étant pas intégrés aux motifs justifiant le licenciement, le défaut de réponse de l'employeur ne pouvait suivre le même sort que le défaut d'énonciation des motifs du licenciement dans la lettre de licenciement ; il a donc été jugé que le refus de l'employeur de fournir les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements ne prive pas le licenciement de cause réelle et sérieuse, mais entraîne seulement un préjudice dont il revient au juge d'apprécier librement l'étendue (28). Par ailleurs, le fait que le salarié n'ait pas demandé à son employeur la communication des critères retenus ne le prive pas de la possibilité de se prévaloir de leur inobservation (29).

II. L'emploi pérennisé

Pour qu'un licenciement économique repose sur une cause réelle et sérieuse, il ne suffit pas que l'employeur fasse état d'un motif économique avéré. Il doit aussi satisfaire, d'une part, au devoir d'assurer une formation à son salarié pour faciliter son adaptation à l'évolution de son emploi (A), d'autre part, à l'obligation de reclassement (B).

A. En amont de toute menace de licenciement pour motif économique : Former et adapter le salarié à l'évolution de son emploi

L'employeur doit se comporter, avant toute menace de licenciement pour motif économique, comme l'accompagnateur du parcours professionnel de son

salarié. Il lui revient de le recevoir périodiquement dans le cadre d'entretiens professionnels pour faire le point sur son employabilité (1.), de lui maintenir sa capacité d'emploi à l'aide des outils de la GPEC (2.) et de l'orienter, le cas échéant, vers des formations en vue de faciliter son adaptation à l'évolution de l'emploi (3.).

1. L'organisation d'entretiens d'évolution professionnelle (30)

Depuis la loi du 5 mars 2014 ont été institués deux entretiens périodiques avec l'employeur – l'entretien bisannuel d'évolution professionnelle (a) et l'entretien rétrospectif des 6 ans (b) – qui se distinguent des entretiens d'évaluation.

(22) A. Le Mire, « Les critères servant à fixer l'ordre des licenciements », RPDS 2013, p.355 ; M.-F. Bied-Charreton, L'ordre des licenciements (article L. 321-1-1 CT), Dr. Ouv. 2005 p.362.

(23) Cass. Soc. 14 janv. 1997, Dr. Soc. 1997, p. 159, concl. P. Lyon-Caen, obs. J. Savatier ; RJS 1997, n°131.

(24) Cass. Soc. 14 janv. 1997, préc.

(25) Art. L.1233-3 C. trav.

(26) Art. L.1233-5 C. trav.

(27) Cass. Soc. 14 janv. 1997, préc. ; v. aussi Cass. Soc., 19 mars 1998, D. 1999, p.376, n. V. Bonnin ; Cass. Soc., 26 janv. 1999, Dr. Soc. 1999, p.530 obs. J. Savatier.

(28) Cass. Soc. 26 janv. 1999, Bull. V, n°39.

(29) Cass. Soc., 19 nov. 1997, Dr. Soc. 1998, p.85, n. R. Vatinet.

(30) Y. Pagnerre, Les méandres de l'entretien d'évolution professionnelle, JCP 2015, éd. S, 1189.

a. L'entretien bisannuel d'évolution professionnelle

À l'occasion de son embauche, le salarié est informé qu'il bénéficie, tous les deux ans, d'un entretien professionnel avec son employeur consacré à ses perspectives d'évolution professionnelle, notamment en termes de qualification et d'emploi. Cet entretien ne porte pas sur l'évaluation du travail du salarié.

Cet entretien professionnel, qui donne lieu à la rédaction d'un document dont une copie est remise au salarié, est proposé systématiquement au salarié qui reprend son activité à l'issue d'un congé de maternité, d'un congé parental d'éducation, d'un congé de soutien familial, d'un congé d'adoption, d'un congé sabbatique, d'une période de mobilité volontaire sécurisée mentionnée à l'article L. 1222-12, d'une période d'activité à temps partiel au sens de l'article L. 1225-47 du Code du travail, d'un arrêt longue maladie prévu à l'article L. 324-1 du Code de la Sécurité sociale ou à l'issue d'un mandat syndical.

L'objet de cet entretien est donc l'occasion d'évoquer l'activité future du salarié, par exemple pour envisager un changement de statut, voire une reconversion professionnelle en mobilisant les outils mis à sa disposition, en particulier le plan de formation et le compte personnel de formation. En toute hypothèse, il ne peut être fait grief à un employeur de ne pas avoir proposé au salarié une promotion ou une reconversion professionnelle.

En cas de manquement à l'obligation d'organiser cet entretien, l'employeur encourt certaines sanctions, consistant en l'abondement d'heures de formation supplémentaires sur le compte personnel de formation et le versement d'une somme forfaitaire à son OPCA.

b. L'entretien rétrospectif des 6 ans

Tous les six ans, l'entretien d'évolution professionnelle permet de faire un état des lieux récapitulatif du parcours professionnel du salarié. Cette durée s'apprécie par référence à l'ancienneté du salarié dans l'entreprise. Cet état des lieux, qui donne lieu à la rédaction d'un document dont une copie est remise au salarié, permet de vérifier que le salarié a bénéficié,

au cours des six dernières années, des entretiens d'évolution professionnelle et d'apprécier s'il a :

- 1° suivi au moins une action de formation ;
- 2° acquis des éléments de certification par la formation ou par une validation des acquis de son expérience ;
- 3° bénéficié d'une progression salariale ou professionnelle.

Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, lorsque, au cours de ces six années, le salarié n'a pas bénéficié des entretiens prévus et d'au moins deux des trois mesures mentionnées aux 1° à 3°, son compte personnel est abondé dans les conditions définies à l'article L. 6323-13.

2. L'obligation de maintenir la capacité du salarié à occuper son emploi

Indépendamment de la formation – ponctuelle – qu'un employeur doit à son salarié pour faciliter son reclassement à l'occasion d'un projet de licenciement économique, il existe depuis le vote de la loi du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, une autre obligation de formation, plus générale et de caractère continu, que le deuxième alinéa de l'article L. 6321-1 du Code du travail présente comme « l'obligation de veiller au maintien de la capacité d'emploi des salariés » ; c'est sur le fondement de ce texte qu'a été construit juridiquement, notamment à la lumière d'un arrêt *UDO* (31), le concept d'*employabilité*, venu de la science de gestion.

Comme l'obligation d'adaptation, l'obligation de veiller au maintien de la capacité d'emploi des salariés est mise au service de la pérennisation des emplois. La différence entre ces deux obligations tient surtout à la dynamique de la seconde, qui s'inscrit dans la durée. Il s'agit ici d'obliger l'employeur à se préoccuper, indépendamment de toute difficulté économique, mutation technologique ou réorganisation justifiant des licenciements, du maintien et de l'évolution de la capacité professionnelle des salariés – capacité doublement caractérisée par leur qualification et leur compétence (32) –, en tenant compte de l'évolution prévisible des métiers et des qualifications

(31) Cass. Soc. 23 oct. 2007, n°06-40.950, Dr. Ouv. 2008, p.296 n. B. Lardy-Pélissier ; S. Béal, Manquement à l'obligation d'adaptation et d'employabilité et indemnisation, JCP S, 2008, n°21, p.18 ; S. Beal et A.-L. Dodet, Obligation d'adaptation et obligation d'employabilité, JCP E, 2008, n°1213, p.26 ; A. Fabre, L'obligation d'adaptation à la croisée des chemins : entre autonomie et diversification, RDT 2008, p.33 ; N. Maggi-Germain, La capacité du salarié à occuper un emploi, Dr. Soc. 2009, p.1234 ; N. Moizard, Le salarié acteur de l'évolution de sa compétence dans l'entreprise, Dr. Soc. 2008, p.693 ; C. Neau-Leduc, Obligation de l'employeur de maintenir l'employabilité de ses salariés, note sous Cass. Soc. 23 oct. 2007, Rev. Lamy Droit des Affaires, n°23, p.47.

(32) Sur la notion de « capacité professionnelle » et la distinction entre qualification et compétence, v. N. Maggi-Germain, art. préc., p.1242 : « Si la notion de compétence se réfère aux capacités de la personne, la qualification permet de donner un statut à cette compétence. La notion de capacité professionnelle permet d'englober les concepts de qualification et compétence. Elle rend compte à la fois des connaissances théoriques et empiriques acquises par le salarié, ainsi que des possibilités qu'il a de les mettre en œuvre dans son travail. Ces possibilités tiennent à la personne elle-même, mais également au contexte et aux moyens dont elle dispose, parmi lesquels figure la formation professionnelle continue ».

au sein de l'entreprise ou du secteur d'activité (33). Cette évolution, établie, le cas échéant, par l'accord de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC) (34), peut s'appuyer sur les travaux des observatoires prospectifs des métiers et des qualifications que l'on trouve, depuis l'ANI du 5 décembre 2003, dans certaines branches professionnelles.

À travers l'obligation de veiller au maintien de la capacité d'emploi du salarié, il est question ici de l'aider à acquérir, à l'aide de formations, les diplômes, les titres professionnels et les certificats de qualification professionnelle (CQP) nécessaires à l'exercice des métiers pratiqués dans son milieu professionnel. Pour l'appréciation et la reconnaissance de sa compétence, il est question de lui offrir les outils – VAE, bilan de compétence, entretien d'évaluation, entretien de seconde partie de carrière – permettant de « *jauger l'expérience professionnelle du salarié en situation de travail* » (35) ; l'appréciation de cette compétence, qui est au cœur des dispositifs de GPEC, permet de vérifier l'acquisition non pas seulement d'un savoir (attesté par le diplôme, le titre professionnel ou le certificat de qualification professionnelle), mais également du « savoir-faire », éventuellement du « savoir-être », qui serviront, dans un cadre évolutif, à projeter le salarié sur un nouveau métier.

3. L'obligation d'assurer l'adaptation du salarié à l'évolution de son emploi

Le chef d'entreprise est amené, à de nombreuses reprises, à faire évoluer la technologie mise au service de la production. À chaque mutation technologique, il pourrait être tenté de constater l'inadaptation de ses salariés au nouveau matériel pour justifier leur licenciement. C'est pourquoi la jurisprudence a imposé, dans un arrêt *Expovit*, à l'employeur d'aider ses salariés à acquérir des connaissances

nouvelles pour s'adapter à leurs postes de travail : « *L'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois* » (36). Cette exigence se traduit par la nécessité d'offrir une formation au salarié pour faciliter son adaptation (37). Il n'a pas, en revanche, à pallier les lacunes de sa formation initiale (38). Le manquement à l'obligation d'adaptation prive l'employeur du droit de se prévaloir d'un motif économique pour se séparer de son salarié. Son licenciement devient sans cause réelle et sérieuse.

B. Devant la menace d'un licenciement pour motif économique : *Essayer de reclasser*

Après avoir déterminé la nature et les fondements de l'obligation de reclassement (1.), on s'efforcera d'en établir les périmètres (2.).

1. Nature et fondements de l'obligation de reclassement

Avec ou sans plan de sauvegarde de l'emploi, l'employeur doit tout faire pour essayer de le reclasser. La Cour de cassation a décidé depuis longtemps qu'un licenciement ne pouvait avoir de motif économique justifié que si, au préalable, l'employeur avait tenté de reclasser le salarié (39). Cette obligation de reclassement, d'origine prétorienne, est donc devenue une étape substantielle de la procédure de licenciement, mais elle ne figure toujours pas parmi les éléments de définition du motif économique. On peut toutefois lui trouver un fondement constitutionnel dans le droit à l'emploi (40).

L'employeur doit mettre en œuvre tout ce qui est en son pouvoir pour reclasser son salarié. La jurisprudence reprend souvent l'idée générale selon laquelle l'employeur ne peut invoquer une cause de licen-

(33) N. Maggi-Germain, art. préc., p. 1238.

(34) V. sur ce que représente la GPEC et sa sanction juridique : P.-H. Antonmattei, GPEC et licenciement pour motif économique : le temps des confusions judiciaires, Dr. Soc. 2007, p. 291 ; G. Bélier, Obligations en matière de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences et licenciement pour motif économique, RDT 2007, p. 284 ; Y. Chagny, Une négociation pour les restructurations : la GPEC, Dr. Soc. 2008, p. 73 ; S. Durieu et T. Joffredo, Gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences : l'obligation de négociation de l'art. L.320-2 C. trav., JCP S, 2006, 1234 ; F. Favennec-Hery, La GPEC : l'environnement juridique, Dr. Soc. 2007, p. 1071 ; D. Guillouet et M. Desgranges, La recodification des dispositions relatives à la GPEC, JCP S, 2008, 1267 ; H.-J. Legrand, Sur un nouvel objet juridique non identifié, La « GPEC », Dr. Soc. 2006, p. 330 ; A. Martinon, La gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, Dr. Soc. 2011, p. 613 ; C. Neau-Leduc, Les sanctions de la GPEC, Dr. Soc. 2007, p. 1083.

(35) N. Maggi-Germain, préc., p. 1238.

(36) Cass. Soc. 25 fév. 1992, Dr. Soc. 1992, p. 379 ; D. 1992, somm. p. 294, obs. A. Lyon-Caen ; v. aussi Cass. Soc., 23 sept. 1992, Bull. V, n° 472 ; 19 nov. 1992, Bull. V, n° 564 ; 17 fév. 1998, Bull. V, n° 86.

(37) Cass. Soc. 19 oct. 1994, n° 92-41.583.

(38) Cass. Soc. 10 mars 2009, n° 07-42.851 ; Cass. Soc. 17 mai 2006, n° 04-43.022 : « *Si l'employeur a l'obligation d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi, en leur donnant au besoin une formation complémentaire, il ne peut lui être imposé de leur délivrer une qualification nouvelle leur permettant d'accéder à un poste disponible de catégorie supérieure* » ; Cass. Soc. 3 avril 2001, n° 99-42.188, Bull. V, n° 114, D. 2001, somm. p. 2170, obs. Bouilloux : « *Si l'employeur a l'obligation d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi, au besoin en leur assurant une formation complémentaire, il ne peut lui être imposé d'assurer la formation initiale qui leur fait défaut* » ; comp. : Cass. Soc. 17 fév. 1998, RJS 1998, Bull. V, n° 433.

(39) Cass. Soc. 19 fév. 1992, RJS 1992, n° 420 ; 8 avr. 1992, Bull. V, n° 258 ; JCP E, 1992, II, 360 n. J. Savatier ; Dr. Soc. 1992, p. 626 ; v. aussi Cass. Soc. 17 mars 1999, Dr. Soc. 1999, p. 503 : « *Alors même qu'il résulte d'une suppression d'emploi procédant d'une cause économique, le licenciement pour motif économique n'a une cause réelle et sérieuse que si l'employeur s'est trouvé dans l'impossibilité de reclasser le salarié* ».

(40) V. F. Petit, L'application de la Constitution par le juge prud'homal, Revue Française de Droit Constitutionnel, 2012, p. 89.

ciement que s'il a mis en œuvre toutes les mesures possibles pour maintenir les emplois ou faciliter le reclassement des salariés. C'est d'ailleurs sur lui que pèsera en grande partie la charge de la preuve du respect de l'obligation de reclassement (41), étant entendu que « *le refus par un salarié d'un poste proposé par l'employeur dans le cadre de son obligation de reclassement n'implique pas, à lui seul, le respect par celui-ci de cette obligation* » (42).

Concrètement, cela signifie que l'employeur doit proposer aux salariés menacés de licenciement pour motif économique les emplois disponibles de catégorie identique, voire des emplois de catégorie inférieure, fut-ce par voie de modification de leur contrat de travail (43). S'il existe un emploi à mi-temps, il doit également le leur proposer (44). Mais il n'est pas tenu de leur présenter un emploi de catégorie supérieure.

En tant qu'il a pour objet d'assurer l'obligation de reclassement de l'employeur (45), le plan de reclassement, qui est intégré au plan de sauvegarde de l'emploi, n'est que la manifestation de l'obligation générale de reclassement qu'a découverte la jurisprudence ; il a été jugé que ne satisfaisait pas à son obligation de reclassement l'employeur qui ne met pas en œuvre les possibilités prévues par le plan social (46). Inversement, le seul fait de proposer au salarié les mesures de reclassement prévues par un plan de sauvegarde de l'emploi ne libère pas l'employeur de son obligation de reclassement. Il lui faut aussi rechercher toutes les autres possibilités de reclassement que celles prévues dans le plan (47). Il a également été jugé que le seul envoi de lettres circulaires à des sociétés relevant du groupe auquel appartenait l'employeur ne peut suffire à établir que ce dernier a effectué une recherche préalable, sérieuse et active des possibilités de reclassement existant dans le groupe (48).

La loi du 17 janvier 2002 est venue consacrer et généraliser, à l'article L.1233-4 du Code du travail,

l'obligation de reclassement, à la suite de l'obligation d'adaptation. Cette consécration législative s'est appuyée en grande partie sur l'œuvre jurisprudentielle. Plusieurs arrêts ont également insisté sur la nécessité d'accompagner le salarié bénéficiaire d'un reclassement ; l'employeur est tenu de proposer des « *postes accessibles ou rendus accessibles par des mesures d'accompagnement* » (49). La Cour de cassation s'est aussi prononcée sur le caractère précis et écrit des offres de reclassement que l'employeur est tenu d'adresser au salarié dans le cadre de son obligation de reclassement (50) ; ce qui signifie que l'employeur doit engager une recherche très concrète et individuelle des possibilités de reclassement ; il ne peut se borner à informer le personnel, par voie d'affichage, des diverses offres de reclassement (51), se contenter, devant le juge, d'allégations quant aux efforts de reclassement réalisés (52) ou présenter une offre de reclassement sur un poste à créer qui serait mal défini (53). L'employeur ne peut, également, limiter ses recherches et ses offres de reclassement en fonction de la volonté de ses salariés, exprimée à sa demande et par avance, en dehors de toute proposition concrète (54). En revanche, il ne manque pas à son obligation de reclassement en limitant ses recherches à un périmètre géographique défini par le salarié, dès lors qu'une première proposition de reclassement avait été refusée par le salarié qui invoquait le souhait de ne pas s'éloigner de son domicile pour l'exercice de son activité professionnelle (55).

Par ailleurs, la Cour de cassation inscrit les efforts de reclassement dans le cadre d'une obligation qu'il revient à l'employeur d'exécuter loyalement (56). Un parallèle peut être établi entre l'obligation de reclassement et l'obligation d'adaptation, que la Cour de cassation présentait, dès 1992, comme une conséquence de l'obligation posée par l'article 1134, alinéa 3 du Code civil : « *L'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois* » (57).

(41) Cass. Soc. 27 janv. 1993, n°92-40.343 : « *Ayant relevé que l'employeur ne démontrait pas l'impossibilité de procéder au reclassement du salarié à l'intérieur de l'entreprise, a pu décider que le licenciement n'avait pas un motif économique* ».

(42) Cass. Soc. 20 nov. 2006, n°05-43.470.

(43) Cass. Soc. 6 juil. 1999, D. 1999, IR, p. 204 ; RJS 1999, p. 767, n° 1237.

(44) Cass. Soc. 18 nov. 1998, Dr. Soc. 1999, p. 101, obs. J. Savatier.

(45) Cass. Soc. 6 juin 2000, *Ronéo*, Dr. Soc. 2000, p. 1032, obs. G. Couturier ; D. 2000 IR, p. 182.

(46) Cass. Soc. 12 déc. 1995, Dr. Soc. 1996, p. 199, obs. F. Favennec-Héry.

(47) Cass. Soc. 12 mai 2009, n°08-41.400 ; v. déjà 14 déc. 2005, n°03-47.961 ; 18 janv. 2005, n°02-46.737.

(48) Cass. Soc. 13 fév. 2008, n°06-44.984.

(49) Cass. Soc. 29 mai 2002, n°00-40.475 ; RJS 2002, n°956.

(50) Cass. Soc. 20 sept. 2006, n°04-45.703, Dr. Ouv. 2007, p. 6, obs. F. Héas.

(51) Cass. Soc. 12 mars 2003, n°00-46.700, RJS 2003 p. 585.

(52) Cass. Soc. 6 mars 2007, n°05-40.156.

(53) Cass. Soc. 13 fév. 1997, Bull. V, n°63 ; 2 mai 2001, Bull. V, n° 145.

(54) Cass. Soc. 4 mars 2009, n°04-42.381, Dr. Ouv. 2009, p. 395, obs. F. Dumoulin.

(55) Cass. Soc. 13 nov. 2008, n°06-46.227.

(56) Cass. Soc. 16 nov. 2016, n°15-19.927.

(57) Cass. Soc. 25 fév. 1992, Dr. Soc. 1992, p. 379 ; D. 1992, somm. p. 294, obs. A. Lyon-Caen ; v. aussi Cass. Soc. 23 sept. 1992, Bull. V, n°472 ; 19 nov. 1992, Bull. V, n°564 ; 17 fév. 1998, Bull. V, n°86.

Faut-il le rappeler, cette obligation de reclassement mise à la charge de l'employeur ne va pas jusqu'à offrir au salarié un droit au reclassement. L'obligation de reclassement a la nature d'une obligation de moyens, voire celle d'une obligation de moyens renforcée (58). Il peut donc arriver que, malgré ses efforts, l'employeur ne parvienne pas à reclasser son salarié : soit parce qu'il n'existe aucun emploi susceptible de lui être proposé, soit parce que le salarié a refusé les offres de modification de son contrat. Dans ces hypothèses, l'impossibilité de reclassement n'a nullement pour effet de priver le licenciement de cause réelle et sérieuse.

2. Le périmètre de l'obligation de reclassement

L'obligation de reclassement pèse sur l'employeur nominal (59). Mais lorsque l'entreprise appartient à un groupe (a), national ou international (c), ou lorsqu'elle est intégrée dans un réseau de distribution (b), la question se pose de savoir s'il n'y a pas lieu d'élargir les périmètres de l'obligation de reclassement.

a. Le reclassement dans les groupes

Faisant preuve de pragmatisme, les juges ont rapidement pris l'initiative de dépasser le cadre de l'entreprise pour effectuer le contrôle de la cause réelle et sérieuse. Dans son arrêt du 25 juin 1992, la Cour de cassation a d'abord décidé que la réalité du motif économique d'un licenciement et la recherche des possibilités de reclassement du salarié devaient s'apprécier « à l'intérieur du groupe auquel appartient l'employeur concerné, parmi les entreprises dont les activités ou l'organisation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel ». La jurisprudence s'est ensuite affinée, en distinguant le cadre d'appréciation de l'obligation de reclassement de celui des motifs du licenciement : les possibilités de reclassement des salariés doivent être recherchées « à l'intérieur du groupe parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation

de tout ou partie du personnel », alors que les difficultés économiques et la réorganisation doivent être appréciées « au regard du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise concernée » (60).

Depuis l'arrêt du 16 novembre 2016 (61), le périmètre du groupe à prendre en considération peut manifestement être beaucoup plus large que l'ensemble des entreprises unies par le contrôle ou l'influence d'une entreprise dominante, au sens de l'article L. 2331-1 du Code du travail (périmètre permettant la mise en place d'un comité de groupe). En dehors de liens capitalistiques, l'existence d'une coordination statutaire pour les regroupements de mutuelles (62), d'associations (63) ou de syndicats (64) peut conduire à la reconnaissance d'un groupe de reclassement. L'arrêt rendu le 1^{er} février 2017 contribue à confirmer cette ligne jurisprudentielle, en rendant indifférent tout lien de droit entre les différentes entités (65).

Pourquoi la Cour de cassation a-t-elle imposé une recherche des possibilités de reclassement au sein du groupe ? Cette jurisprudence audacieuse s'explique par les liens de dépendance et d'influence existant au sein des groupes. La prospérité d'une entreprise dépend souvent des décisions du groupe auquel elle appartient. Les dirigeants du groupe peuvent, à leur guise, appauvrir ou favoriser, selon le cas, les filiales. C'est donc au niveau du groupe – les décisions stratégiques étant prises à ce niveau – qu'il faut se situer pour apprécier l'existence des difficultés économiques. Mais la Cour de cassation a pu observer que les groupes exerçaient des activités différenciées : un même groupe peut s'occuper du secteur métallurgique, de transmissions par satellite, de chimie, etc. Il a donc paru nécessaire aux juges d'exercer leur contrôle du respect de l'obligation de reclassement dans un cadre plus étroit : son appréciation s'opère non pas sur l'ensemble du groupe, mais parmi les entreprises qui présentent des caractéristiques communes en termes d'activités, d'organisation et de lieu d'exploitation, permettant le passage des salariés de l'une à l'autre (66), même si certaines de

(58) B. Lardy-Pélissier, L'obligation de reclassement, D. 1998, chron. p. 399.

(59) Il est classiquement admis que la charge de la preuve des tentatives de reclassement pèse sur l'employeur. Mais un arrêt récent du 16 novembre 2016 dessine une évolution nouvelle en la matière, en montrant que cette preuve est partagée entre les parties au procès : v. Cass. Soc. 16 nov. 2016, n° 14-30.063 : « Ayant constaté, en l'état des éléments qui lui étaient soumis tant par l'employeur que par le salarié, qu'il n'était pas démontré que l'organisation du réseau de distribution auquel appartenait l'entreprise permettait entre les sociétés adhérentes la permutation de tout ou partie de leur personnel, la cour d'appel a pu retenir, sans méconnaître les règles relatives à la charge de la preuve, que ces sociétés ne faisaient pas partie d'un même groupe de reclassement ».

(60) Cass. Soc. 5 avr. 1995, préc.

(61) Cass. Soc. 16 nov. 2016, n° 14-30.063.

(62) Cass. Soc. 11 fév. 2015, n° 13-23.573, Dr. Ouv. 2015, p. 335, n. F. Héas.

(63) Cass. Soc. 16 mars 2016, n° 14-19.931.

(64) Cass. Soc. 7 mars 2017, n° 15-23.038.

(65) Cass. Soc. 1^{er} fév. 2017, n° 1-25.405, reproduit *infra* p. 433, n. A. Mazières.

(66) Cass. Soc. 5 avr. 1995, Bull. V, n° 123, Dr. Ouv. 1995 p. 284 ; Dr. Soc. 1995, p. 488 ; Cass. Soc. 27 oct. 1998, Bull. V, n° 459 ; 5 oct. 1999, Bull. V, n° 368 ; 6 juil. 2005, n° 03-44.390 : « La seule détention du capital d'une société par d'autres sociétés n'impliquait pas la possibilité d'effectuer entre elles la permutation de tout ou partie du personnel et ne caractérisait pas l'existence d'un groupe au sein duquel le reclassement devait s'effectuer » ; 4 mars 2009, n° 07-42.381, Dr. Ouv. 2009, p. 395 n. F. Dumoulin.

ces entreprises sont situées à l'étranger (67), sauf pour l'employeur à démontrer que la législation applicable localement aux salariés étrangers ne permet pas le reclassement (68).

Depuis la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002, le cadre dans lequel peut s'opérer le reclassement pourrait être élargi, puisque l'obligation de reclassement s'exerce « dans le cadre de l'entreprise ou, le cas, échéant, dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient ». Si l'on s'en tient à la lettre du texte, la totalité du groupe, non plus une partie, devrait constituer aujourd'hui l'aire de mobilité dans laquelle le reclassement devrait être recherché. Certes, pour les emplois techniques que les salariés occupent en fonction d'une compétence particulière en lien avec tel ou tel secteur d'activité, il est naturel de raisonner en termes d'activités comparables pour envisager un reclassement ; c'est ce que le juge indique lorsqu'il évoque une possibilité de « permutation » d'une entreprise à l'autre, au sein du même groupe (69). Mais nombre d'emplois restent généralistes par nature, même s'ils sont mis au service d'un secteur d'activité. Par exemple, un emploi de comptable ou de responsable de ressources humaines peut s'exercer dans n'importe quel domaine, sans que la permutation devienne impossible. À leur égard, lorsqu'il est question de rechercher des voies de reclassement, la restriction tenant au secteur d'activité (70) au sein du groupe ne paraît guère pertinente.

Quoi qu'il en soit, la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser, dans un arrêt du 13 janvier 2010 (71), que les sociétés du groupe ne sont pas débitrices, comme peut l'être l'employeur nominal, de l'obligation de reclassement. Malgré la règle de l'article L. 1253-10, alinéa 2 du Code du travail, selon laquelle « La validité du plan de sauvegarde est appréciée au regard des moyens dont dispose l'entreprise ou l'unité économique et sociale ou le groupe », il a été jugé que l'obligation de reclasser les salariés n'incombe qu'à l'employeur,

les autres sociétés du groupe ne répondant pas d'une insuffisance des mesures de reclassement prévues dans un plan de sauvegarde de l'emploi. Il s'ensuit un renforcement de la connotation contractuelle de l'obligation de reclassement, au détriment de sa dimension institutionnelle : *l'obligation ne pèse que sur l'employeur, dans la limite de ses moyens*. Cet arrêt du 13 janvier 2010 se situe dans le prolongement d'autres décisions reconnaissant au seul employeur la responsabilité d'adresser les propositions de reclassement (72), d'assumer l'obligation de réembauchage (73) ou de respecter l'obligation de réintégrer le salarié en cas de nullité du plan de sauvegarde de l'emploi (74).

Reste néanmoins, au sein des groupes, la question de savoir ce qu'il advient de la notion de co-emploi, que le juge s'est efforcé de nettement circonscrite : « Hors l'existence d'un lien de subordination, une société faisant partie d'un groupe ne peut être considérée comme un co-employeur, à l'égard du personnel employé par une autre, que s'il existe entre elles, au-delà de la nécessaire coordination des actions économiques entre les sociétés appartenant à un même groupe et de l'état de domination économique que cette appartenance peut engendrer, une confusion d'intérêts, d'activités et de direction se manifestant par une immixtion dans la gestion économique et sociale de cette dernière » (75).

À notre avis, cette notion de co-emploi, dont l'existence n'est retenue qu'en cas « de confusion d'intérêts, d'activités et de direction se manifestant par une immixtion dans la gestion économique et sociale », peut toujours trouver sa place en matière de licenciement dans les groupes, par exemple lorsqu'il est question d'une cessation d'activité, ce motif d'origine jurisprudentielle ayant été consacré par la loi du 8 août 2016. Il ne faudrait pas, en effet, qu'une cessation d'activité soit artificiellement provoquée par les autres sociétés du groupe, notamment par la société-mère ; en consé-

(67) Sur le reclassement au-delà des frontières : Cass. Soc. 7 oct. 1998, Bull. V, n° 407 ; n° 96-42.812 ; D. 1999, somm. p. 177, n. B. Reynès ; D. 1999, jur. p. 310, n. K. Adom ; 19 déc. 2000, n° 98-42.919 ; Bull. V, n° 435 : à l'égard d'un salarié expatrié à l'étranger, les « dispositions de l'article L. 122-14-8 du Code du travail ne font pas obstacle à ce que la société-mère, dans le cadre de son obligation de reclassement, à défaut de pouvoir procurer au salarié un nouvel emploi compatible avec l'importance de ses précédentes fonctions au sein de la société-mère, lui propose un autre emploi, même de catégorie inférieure, par voie de modification du contrat de travail » ; v. aussi Cass. Soc. 15 nov. 2006, n° 05-40.935.

(68) Cass. Soc. 4 déc. 2007, n° 05-46.073 ; V. déjà Cass. Soc. 15 nov. 2006, n° 05-40.935 : « Les possibilités de reclassement doivent être recherchées à l'intérieur du groupe parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'affecter tout ou partie du personnel, même si certaines de ces entreprises sont situées à l'étranger, dès l'instant que la législation applicable localement n'empêche pas l'emploi de salarié étranger, et qu'à la demande de l'employeur le salarié a accepté son affectation ».

(69) Cass. Soc. 1^{er} fév. 2017, n° 16-25.405, prec.

(70) Sur la notion de secteur d'activité, v. F. Favennec-Hery, L'extinction de la relation de travail dans les groupes, Dr. Soc. juil.-août 2010, p. 764 ; add. obs. Ph. Waquet sous CA Angers 19 sept. 2006, Dr. Ouv. 2007, p. 142.

(71) Dr. Ouv. 2010, p. 214, obs. G. Loiseau ; Dr. Soc. 2010, p. 474, obs. G. Couturier ; B. Dondero, La non-assistance à salarié en danger économique n'est pas encore sanctionnée, n. sous Cass. Soc. 13 janv. 2010, Recueil Dalloz 2010, p. 112 ; v. aussi P. Morvan, L'étrange action en justice *Flodor* ; Les sociétés d'un groupe sont-elles responsables du reclassement des salariés dans une filiale en difficulté ?, JCP éd. S. 2009, n° 1489 ; J.-M. Olivier, L'affaire *Flodor* : suite et presque fin, JCP éd. S. 2010, n° 1225.

(72) Cass. Soc. 27 mai 2009, n° 07-44.022.

(73) Cass. Soc. 30 janv. 2008, n° 06-43.879.

(74) Cass. Soc. 15 fév. 2006, Bull. V, n° 69, Dr. Ouv. 2006, p. 350, obs. B. Lardy-Pélissier, Dr. Soc. 2006, p. 570, obs. M. Grévy.

(75) Cass. Soc. 6 juill. 2016, n° 14-26.541.

quence, lorsqu'un salarié a pour co-employeurs des entités faisant partie d'un même groupe, la cessation d'activité de l'une d'entre elles ne devrait constituer une cause économique de licenciement qu'à la condition d'être justifiée par des difficultés économiques, par une mutation technologique ou par la nécessité de sauvegarder la compétitivité de chacune d'entre elles (76). La différence se fera aussi sentir sur l'obligation de reclassement, qui adopterait alors un caractère « interne » à l'égard des co-employeurs. Dans cette hypothèse de co-emploi – plus exigeante que la simple domination économique d'une société-mère à l'égard d'une filiale –, on pourrait retenir une condamnation solidaire des sociétés du groupe en cas de non-respect de l'obligation de reclassement (77).

b. Le reclassement dans les réseaux de distribution

Selon l'arrêt du 16 novembre 2016 (78), il y a lieu d'écarter tout élargissement du périmètre d'appréciation des motifs économique en présence d'entreprises appartenant à un réseau de distribution n'impliquant aucune domination entre elles : à l'égard d'un centre de distribution affichant une grande enseigne de la distribution (79), qui – même si elle appartient à un réseau de commerçants indépendants répondant à « *des orientations globales* » et appartenant à un « *groupement d'achat commun* » – est sans lien capitalistique avec d'autres sociétés, il convient de cantonner l'examen des motifs économiques au regard de la situation de la seule entreprise procédant au licenciement.

Mais ce rétrécissement du groupe pour l'appréciation des motifs économiques peut se combiner avec une appréciation plus large du groupe de reclas-

sement, comme le montrent les arrêts rendus dans le cadre d'un regroupement de mutuelles (80), d'associations (81), de syndicats (82) ou d'un réseau de franchises (83).

c. Le reclassement à l'étranger

L'employeur pourrait être tenté de présenter aux salariés menacés de licenciement une offre de reclassement sur un territoire étranger, lorsqu'il possède des filiales à l'étranger. Pour améliorer l'information du salarié, le législateur a mis en place, à l'article L. 1233-4-1 du Code du travail, une procédure individualisée permettant au salarié interrogé d'exclure la réception d'offres de reclassement à l'étranger ou, dans le cas contraire, de formuler des restrictions quant aux caractéristiques des emplois offerts, notamment en matière de rémunération et de localisation (84). Il n'est donc pas exclu qu'un reclassement soit envisagé à l'étranger sous des conditions de rémunération différentes. Le salarié manifeste son accord, assorti, le cas échéant, des restrictions susmentionnées, pour recevoir de telles offres dans un délai de six jours ouvrables à compter de la réception de la proposition de l'employeur. À l'issue de ce délai, le silence du salarié vaut refus de la proposition. Les offres de reclassement hors du territoire national doivent être, en toutes hypothèses, écrites et précises ; elles ne sont adressées qu'au salarié ayant accepté d'en recevoir et compte tenu des restrictions qu'il a pu exprimer. Le salarié reste également libre de refuser ces offres. Le salarié auquel aucune offre n'est adressée est informé de l'absence d'offres correspondant à celles qu'il a accepté de recevoir.

Franck Petit

(76) Comparer : Cass. Soc. 18 janv. 2011, n° 09-69.199, prec. note 19.

(77) V. F. Favennec-Héry, L'extinction de la relation de travail dans les groupes, Dr. Soc. juil.-août 2010, p. 770.

(78) Cass. Soc. 16 nov. 2016, n° 14-30.063.

(79) Cass. Soc. 16 nov. 2016, n° 15-19.927.

(80) Cass. Soc. 11 fév. 2015, n° 13-23.573, Dr. Ouv. 2015, p. 335, n. F. Héas.

(81) Cass. Soc. 16 mars 2016, n° 14-19.931.

(82) Cass. Soc. 7 mars 2017, n° 15-23.038.

(83) V. Cass. Soc. 15 janv. 2014, n° 12-22.944, *Intermarché* ; Cass. Soc. 19 fév. 2014, n° 12-22.709 ; Dr. Ouv. 2014, p. 578, n. F. Héas. V. *infra* p. 433 obs. A. Mazières.

(84) Loi n° 2010-499 du 18 mai 2010 ; Circ. DGT n° 03 du 15 mars 2011 ; v. A. Casado, L'obligation de reclassement après la loi du 18 mai 2010, JCP S, 2011, n° 1001 ; F. Géa, RDT 2010, p. 646 ; D. Corrigan-Carsin, JCP E 2010, 19070.

**ASSOCIATION FRANÇAISE DE DROIT DU TRAVAIL
ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE (AFDT)**

www.afdt-asso.fr