

LA CAUSE REELLE ET SERIEUSE DU MOTIF DU LICENCIEMENT

Propos introductifs

Curieusement, tout en attribuant à la cause réelle et sérieuse du licenciement un rôle majeur, la loi du 13 juillet 1973 ne donne aucune définition des notions de cause réelle et de cause sérieuse.

On cherchera en vain dans les très nombreux arrêts rendus en matière de licenciement une définition de la cause réelle et de la cause sérieuse du licenciement.

Cette absence de définition légale et jurisprudentielle n'est pas incompatible avec le contrôle par la Cour de Cassation des qualifications données par les juges du fond.

La combinaison d'une absence de définition et d'exercice d'un contrôle des qualifications laisse une très grande liberté à la Cour de Cassation pour exercer un contrôle sur les décisions des juges du fond.

Le juge de cassation décide que la cause alléguée par l'employeur est ou n'est pas une cause réelle et sérieuse.

La Cour suprême se comporte souvent, à plus d'un titre, comme un troisième degré de juridiction, ce qui conduit à une Jurisprudence de cas d'espèce.

C'est en fait seulement au cours des débats parlementaires que le Ministre du Travail a précisé ce qu'il fallait entendre par «cause réelle ».

La cause est réelle :

- si elle présente un caractère d'objectivité,
- si elle est existante
- si elle est exacte

Elle doit en plus revêtir un caractère sérieux.

✓ Pour être objective, la cause de licenciement doit se traduire par des manifestations extérieures susceptibles de vérification.

✓ Pour que la cause soit existante, il faut que les faits présentés comme motif de rupture existent réellement.

✓ La cause exacte est parfois confondue avec l'existence de la cause.

En réalité, derrière l'exactitude, c'est la vérification que la cause alléguée ne dissimule pas en réalité une cause tout autre, inavouable, de licenciement.

✓ La cause sérieuse s'entend d'une cause revêtant une certaine gravité qui rend impossible sans dommage pour l'entreprise la continuation du contrat et qui rend nécessaire le licenciement.

Ce rappel permet immédiatement de constater que la notion est difficilement transposable à la notion de licenciement pour motif économique.

C'est la raison pour laquelle, pour traiter le sujet de la cause réelle et sérieuse du motif économique du licenciement, je vous propose de circonscrire le sujet à l'examen strict :

- 1/ du motif économique
- 2/ de la motivation
- 3/ des sanctions

à l'exclusion :

- 1/de l'examen de la procédure de licenciement
- 2/ des questions afférentes aux critères d'ordre des licenciements
- 3/ des questions afférentes à la priorité de réembauchage

I – LE MOTIF ECONOMIQUE

L'article L1233-2 du Code du travail dispose :

« Tout licenciement pour motif économique est motivé dans les conditions définies par le présent chapitre.

Il est justifié par une cause réelle et sérieuse. »

L'article L1233-3 :

« 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, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques. »

Pour qu'un licenciement pour motif économique soit réputé reposer sur une cause réelle et sérieuse, il convient d'être en mesure de démontrer devant le Juge :

- 1/ l'élément originel
- 2/ l'élément matériel
- 3/ le respect de l'obligation de reclassement

A. L'ELEMENT ORIGINEL

Deux catégories d'éléments originels :

➤ les éléments originels légaux :

- les difficultés économiques
- les mutations technologiques

➤ les éléments originels jurisprudentiels :

- la réorganisation pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité
- la cessation d'activité

1/ Les difficultés économiques

Le juge contrôle la réalité du motif plutôt que l'origine des difficultés.

Le juge ne s'immisce pas dans les choix de gestion de l'employeur.

Les difficultés ne doivent cependant pas résulter d'une attitude intentionnelle ou frauduleuse de l'employeur.

➤ La Cour de Cassation contrôle plutôt la réalité du motif que l'origine des difficultés.

C'est ainsi qu'elle considère que relève d'une légèreté blâmable la cessation d'activité d'une entreprise pour satisfaire aux exigences du groupe qui en a pris le contrôle malgré ses bons résultats.

Le juge n'a pas à rechercher en quoi la réorganisation mise en œuvre est efficace pour endiguer la menace pesant sur sa compétitivité. Seul importe qu'il soit reconnu qu'une réorganisation est nécessaire pour assurer la sauvegarde de la compétitivité (CASS.SOC. 24 MARS 2010, RJS 2010 n° 494).

➤ Le principe de non-immixtion s'applique aux difficultés économiques.

Dans un arrêt du 14 septembre 2010, la Cour de Cassation juge :

« Ayant constaté les difficultés de l'entreprise, la Cour d'Appel n'avait pas à contrôler le choix effectué par l'employeur de supprimer une catégorie particulière de postes. »

Le principe de non-immixtion n'est pas nouveau. Il a été initié par l'arrêt de l'assemblée plénière du 8 décembre 2000 énonçant le principe de non-immixtion du juge dans le choix effectué par l'employeur entre les différentes solutions possibles pour assurer la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise.

➤ Enfin, les difficultés ne doivent pas résulter d'une attitude intentionnelle ou frauduleuse.

Ainsi, les difficultés économiques ne doivent pas avoir été artificiellement créées par l'employeur.

A titre d'exemple, les difficultés d'une association ne doivent pas être dues au dépouillement de son patrimoine avec la complaisance de ses organes dirigeants (CASS.SOC. 9 OCT. 1991, RJS NOV. 1991 n° 1194).

2/ Le périmètre d'appréciation des difficultés

a- l'entreprise n'appartient pas à un groupe

Que l'entreprise ait ou non plusieurs établissements, les difficultés s'apprécient au niveau de l'entreprise dans sa totalité et non au niveau d'un seul de ses établissements ou magasin.

La solution est identique lorsque l'entreprise dispose de plusieurs branches d'activité ou secteurs d'activité.

Les mauvais résultats d'un établissement sont donc insuffisants si aucune difficulté financière sérieuse n'existe au niveau de l'entreprise, ou plus généralement si l'entreprise ne connaît pas de réelles difficultés économiques.

Une telle Jurisprudence présente l'inconvénient de limiter les possibilités d'anticipation laissées au chef d'entreprise qui veut préserver ses établissements les plus rentables.

Elle invite alors l'employeur à se placer non plus sur le terrain des difficultés économiques mais sur celui de la réorganisation nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité.

Il y a donc un choix stratégique à faire du motif.

Il est toutefois permis de se poser la question de savoir si dans une même entreprise, il peut être tenu compte des difficultés particulières à un secteur d'activité, notion qui est en général réservée au groupe alors même que les résultats de l'entreprise sont satisfaisants.

Le secteur d'activité ne se confond pas nécessairement avec l'établissement.

Un arrêt n'a pas écarté cette possibilité et a décidé que les difficultés économiques de la branche « dommage » d'une société d'assurances peuvent justifier un licenciement pour motif économique (CASS.SOC. 18 JUIL. 2000 n° 98, BULL.CIV. V n° 291).

Cette Jurisprudence reste cependant contredite, les juges estimant d'une manière générale que les difficultés s'apprécient au niveau de l'entreprise (CASS.SOC. 7 OCT. 1998, RJS 11/98 n° 1350 ; CASS.SOC. 9 FEV. 2010 n° 09-40621).

Dans une lettre de licenciement, l'employeur avait visé les difficultés économiques affectant le département de pièces techniques plastiques de l'entreprise mais pas les difficultés économiques de l'entreprise dans sa totalité. La Cour d'Appel avait retenu l'absence de cause réelle et sérieuse.

b- l'entreprise appartient à un groupe

Les difficultés économiques s'apprécient alors au regard du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise concernée.

Première observation : l'appréciation des difficultés économiques au niveau du secteur d'activité du groupe n'est pas circonscrite aux sociétés situées sur le territoire national quand l'entreprise appartient à un groupe international (CASS.SOC. 19 JUIL.2000 ; CASS.SOC. 4 MARS 2009)

Deuxième observation : lorsque les difficultés économiques au niveau du secteur d'activité du groupe sont réelles et sérieuses, le motif du licenciement est valable même si l'entreprise de ce secteur d'activité dans lequel est intervenu le licenciement n'est pas elle-même confrontée à ces difficultés (CASS.SOC. 26 JUIN 2008).

Troisième observation : quid du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise ?

Il n'existe pas de définition légale ni jurisprudentielle du secteur d'activité du groupe.

Ce concept est manifestement à géométrie variable, ce qui est une source d'insécurité regrettable puisque les juges du fond décident au cas par cas

de manière souveraine et que la Cour de Cassation se retranche ensuite derrière ce pouvoir souverain d'appréciation.

Initialement, le juge procédait à une appréciation très extensible du secteur d'activité.

Ainsi, la Cour d'Appel de LYON, dans un arrêt du 18 octobre 2006, s'est référée au secteur d'activité du multimédia alors que les entreprises du groupe n'ont pas :

- La même clientèle
- Le même réseau de distribution
- Le même code NAF
- La même convention collective

En conclusion, dès qu'on aborde la question de l'appréciation au niveau du groupe, on se heurte à deux difficultés :

- La première relative à la configuration du groupe qui sert de cadre à l'appréciation du motif économique et qui n'est pas déterminée par la Jurisprudence, laquelle, à la différence de ce qu'elle fait pour le groupe de reclassement, ne donne pas le moindre indice. Elle se borne à privilégier le secteur d'activité même en présence d'une étroite imbrication entre les sociétés.

En réalité, il semble qu'il faut s'en tenir au groupe économique caractérisé par des rapports de filialisation entre société dominante et société filiale.

Mais l'unité économique et sociale peut également caractériser un groupe d'autant qu'elle sert de cadre à l'appréciation des moyens qui permettent d'apprécier la pertinence du plan de sauvegarde pour l'emploi.

Cependant, dans ce dernier cas, la question n'est pas résolue de savoir si l'UES doit être traitée comme une seule entreprise ou si elle doit être considérée comme un groupe pour l'appréciation des difficultés économiques.

- La deuxième difficulté tient à l'appréciation du secteur d'activité. Selon le rapporteur d'un arrêt, relèvent du même secteur d'activité les entreprises dont l'activité économique a le même objet, quelles que soient les différences tenant au mode de production des biens ou de fourniture de services (CASS.SOC. 4 MARS 2009). En résumé, le secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise n'est pas identifiable :
 - ♦ par le code NAF,
 - ♦ par la convention collective applicable
 - ♦ par la possibilité de permutation des salariés entre les sociétés
 - ♦ par la différence de clientèle des sociétés du groupe
 - ♦ par la spécialité ou la spécificité de l'activité ou des produits fabriqués et commercialisésC'est en réalité à l'employeur qu'il appartient de donner les éléments permettant de déterminer l'étendue du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise (CASS. 4 MARS 2009, RJS 2009 n° 418).

Dans un arrêt MICHELIN, la Cour de Cassation juge en ces termes :
« Attendu que la Cour d'Appel, qui n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a fait ressortir que le marché du pneumatique poids lourds constituait un secteur d'activité au sein du groupe MICHELIN. »

Dans un arrêt très récent, la Cour de Cassation donne des indications sur les critères permettant l'identification du secteur d'activité du groupe :

« Attendu ensuite qu'après avoir exactement énoncé que les difficultés économiques doivent être constituées lorsque l'entreprise appartient à un groupe au niveau du secteur d'activité de ce groupe dans lequel intervient l'employeur, la Cour d'Appel appréciant souverainement les éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis a retenu, en prenant en considération un faisceau d'indices relatifs à la nature des produits, à la clientèle à laquelle ils s'adressaient et au mode de distribution mis en œuvre par l'entreprise, que celle-ci relevait du secteur d'activité de l'ameublement. »

c- la date d'appréciation des difficultés économiques

C'est à la date de la rupture du contrat que s'apprécie le caractère réel et sérieux du motif économique.

C'est donc à cette date que doit s'apprécier la réalité des difficultés économiques, ce qui peut naturellement avoir une incidence déterminante en matière de salariés protégés, après refus de l'autorisation de l'inspecteur du travail puis annulation de ce refus d'autorisation par le Ministre du travail (CASS.SOC. 30 MARS 2010).

Il importe peu que les difficultés économiques aient été connues plusieurs mois avant la mise en œuvre des licenciements.

Ce qui importe, c'est qu'elles existent toujours au moment de la rupture (CASS.SOC. 17 OCT. 2006, RJS 2006 n° 262).

Le juge peut se fonder sur des éléments postérieurs au licenciement, tel qu'un bilan de la société à la fin de l'exercice en cours.

Ainsi, est sans cause réelle et sérieuse le licenciement motivé par une baisse d'activité alors qu'au moment du licenciement le résultat d'exploitation était positif et avait augmenté depuis un an.

d- la consistance des difficultés économiques

Les difficultés économiques relèvent de la catégorie des causes conjoncturelles de licenciement.

L'inconvénient est que la Jurisprudence ne donne aucune définition des difficultés économiques.

Elle prend en compte en général les difficultés commerciales, financières ou les résultats comptables et s'en tient à une casuistique.

Sont ainsi considérés comme des difficultés économiques :

- La mise en redressement judiciaire
- L'état virtuel de cessation de paiement
- Les pertes financières
- Les graves difficultés de trésorerie
- La baisse d'activité de l'entreprise
- La baisse de rentabilité de l'entreprise malgré les mesures prises dans le cadre d'une restructuration
- La baisse du chiffre d'affaires d'un cabinet d'avocat entraînant une détérioration des résultats

Encore faut-il que les difficultés rencontrées soient suffisamment importantes et durables pour justifier la suppression de postes ou la modification du contrat.

On peut s'efforcer de dégager quelques principes :

Premier principe : il n'est pas nécessaire que la situation de l'entreprise soit catastrophique.

Seules les difficultés sérieuses sont nécessaires, ce qui pose l'appréciation du caractère sérieux des difficultés et relève du pouvoir souverain du juge.

Deuxième principe : les difficultés économiques s'opposent à la réalisation de résultats bénéficiaires ou d'augmentation de chiffre d'affaires.

La volonté d'accroître des profits ou de réaliser des économies sans démontrer de réelles difficultés ne constituera jamais un motif de difficulté économique.

De même, la perte d'un marché ne constitue pas en soi un motif économique même lorsque le marché perdu permettait d'occuper plusieurs salariés.

En revanche, constitue des difficultés économiques certaines la situation de l'entreprise qui perd son unique client ou qui connaît une baisse de chiffre d'affaires et une perte d'exploitation importante.

2/ Les mutations technologiques

Les mutations technologiques, l'introduction de nouvelles technologies telles que l'acquisition de nouvelles machines permettant l'automatisation de la fabrication des crêpes constituent un motif économique.

Une Cour d'Appel qui constate que l'activité d'illustrateur sonore exercée par un salarié avait été supprimée en raison du recours à de nouveaux moyens modernes de reportage peut en déduire que le licenciement résultant d'une suppression d'emploi en fonction de mutations technologiques procédait d'une cause économique réelle et sérieuse (CASS.SOC. 19 DEC. 1990, BULL.CIV. n°687).

Autre exemple : l'informatisation d'une agence.

3/ La réorganisation de l'entreprise

La réorganisation de l'entreprise peut constituer un motif économique à condition qu'elle soit nécessaire à la sauvegarde de l'activité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe auquel ladite entreprise appartient.

Il faut caractériser l'existence d'une menace pesant sur la compétitivité.

Il est important de justifier d'éléments comparatifs avec la concurrence.

a- De l'intérêt de l'entreprise à la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient

En 1990, la Jurisprudence, sous l'empire des dispositions antérieures à la loi du 2 août 1989, décide « une réorganisation de l'entreprise peut constituer une cause économique de suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification substantielle du contrat de travail à la condition d'être décidée dans l'intérêt de l'entreprise. »

En 1994, ont une cause économique les licenciements prononcés en raison du refus des salariés de la modification de leur contrat de travail dès lors que l'employeur a dû procéder dans l'intérêt de l'entreprise à une réorganisation des rémunérations pour supprimer les différences existant entre deux établissements industriels identiques et pour rendre les coûts de fabrication comparables à ceux des entreprises concurrentes.

Cet arrêt est intéressant puisque le comparatif d'adaptation des coûts à la concurrence fait apparaître la notion sous-jacente de compétitivité.

C'est par un arrêt du 19 octobre 1994 que la notion s'est fondée :

« Qu'en statuant comme elle l'a fait sans rechercher, ainsi que le soutient l'employeur, si la modification proposée ne procédait pas du souci de la société d'améliorer la rentabilité de l'entreprise et d'assurer par une réorganisation des indemnités de déplacement sa compétitivité vis-à-vis des entreprises concurrentes, la Cour d'Appel n'a pas donné de base légale à sa décision. »

En 1995, la Cour décide que lorsqu'elle n'est pas liée à des difficultés économiques ou des mutations technologiques, une réorganisation ne peut constituer un motif économique que si elle est effectuée pour sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité.

Dans cette espèce ayant donné lieu à l'arrêt du 5 avril 1995, la sauvegarde de la compétitivité était réalisée par une réorganisation de l'entreprise permettant la réduction du prix de revient des canons électroniques.

Le second apport de l'arrêt est que désormais la réorganisation ne peut constituer un motif économique que s'il est effectué pour sauvegarder la

compétitivité du secteur d'activité et non plus seulement du groupe, ce qui constitue une difficulté supplémentaire.

Depuis le 8 décembre 2000, l'assemblée plénière de la Cour de Cassation prend un arrêt important libellé en ces termes :

« Attendu cependant que les licenciements ont une cause économique réelle et sérieuse lorsqu'il est établi que la réorganisation de l'entreprise qui entraîne les suppressions d'emploi est nécessaire à la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient. »

Mais à de nombreuses reprises, la Cour de Cassation rappelle que la volonté de réaliser des bénéfices plus importants n'est pas compatible avec la notion de sauvegarde de compétitivité de l'entreprise ou du groupe.

La notion de compétitivité implique d'apporter des éléments d'appréciation comparatifs avec la concurrence.

Dans un arrêt du 9 septembre 2008, la Cour d'Appel de LYON décide, à l'égard d'une lettre de licenciement qui évoque « l'état de la concurrence en Chine comme étant une des principales raisons de la fermeture du site de SAINT-YORRE et explique que le groupe en Chine serait fragilisé en raison de la poursuite de la baisse des prix et du développement de la concurrence » :

1/ qu'il n'est pas démontré que la compétitivité du groupe serait menacée en Chine.

2/ qu'il n'est fourni aucun élément de preuve quant à la concurrence à laquelle le groupe doit faire face et quant aux conditions de celle-ci.

3/ que la stagnation de la demande et les pertes du marché alléguées, même hors de Chine, n'est pas davantage établie.

Dans un arrêt du 26 mai 2010, la Cour d'Appel de LYON décide que le CIFRAA ne produit aucun document de nature à permettre à la Cour de

connaître les motifs qui ont présidé à la décision de fusion, le dossier de pièces étant lacunaire.

Il ne suffit manifestement pas d'invoquer le risque sur la compétitivité. Il faut pouvoir le démontrer.

b-Le moment d'appréciation de la nécessité de sauvegarder la compétitivité

Plusieurs questions se posent :

Faut-il être déjà en situation constatée de l'atteinte à la compétitivité, de la menace sur la compétitivité ?

Peut-on se projeter dans le temps et anticiper cette nécessité de sauvegarde ?

Jusqu'en 2006, la notion de prévention n'apparaissait pas.

Comme en matière de difficultés économiques, la Cour de Cassation considérait jusqu'en 2006 que la nécessité de sauvegarde devait s'apprécier au moment de la rupture du contrat.

L'évolution a été initiée par l'arrêt du 29 juin 2004 de la Cour d'Appel de DIJON qui a inauguré l'arrêt PAGES JAUNES intervenu quelques mois plus tard puisqu'elle définissait la réorganisation pour sauvegarder la compétitivité par une réorganisation effectuée pour prévenir les difficultés économiques à venir et ce sans être subordonné à l'existence de difficultés à la date du licenciement.

La notion de sauvegarde est donc utilisée pour anticiper les difficultés.

Avec les deux arrêts des Pages Jaunes, se trouve a priori consacré le concept d'anticipation de probables difficultés économiques liées en l'espèce à une réorganisation pour tenir compte des évolutions technologiques et de la perte de pénétration de ses produits sur support papier.

La Cour de Cassation précise :

1/ que la réorganisation n'est pas subordonnée à l'existence de difficultés économiques à la date du licenciement.

2/ que répond au critère de la sauvegarde de la compétitivité « *la réorganisation mise en œuvre pour prévenir des difficultés économiques à venir liées à des évolutions technologiques et leurs conséquences sur l'emploi* (CASS.SOC. 11 JAN. 2006, BULL.CIV. V n° 10).

Ce ne sont pas les difficultés qui vont justifier le licenciement mais la prévention des difficultés.

Ainsi, la notion de sauvegarde se place comme un moyen de prévenir les difficultés qui ne sont pas encore avérées.

Mais ces difficultés à venir ne doivent toutefois pas être hypothétiques.

Il faut une réelle menace pesant sur la compétitivité (CASS. 4 JUIL. 2006).

Une Cour d'Appel ne saurait dire qu'un licenciement économique est justifié par une cause réelle et sérieuse et que la suppression de poste du salarié, conséquence de cette réorganisation, obéit bien à un souci de préservation de sa compétitivité, sans caractériser l'existence d'une menace pesant sur cette compétitivité.

Dans un arrêt du 13 mai 2009, la Cour de Cassation a stigmatisé l'importance de l'appréciation du moment en décidant :

« Attendu qu'appréciant souverainement les éléments de fait qui lui étaient soumis, la Cour d'Appel a constaté que la situation de l'entreprise s'était améliorée à l'époque des licenciements.

Qu'elle a ainsi fait ressortir que la menace pesant sur sa compétitivité n'était pas établie. »

L'arrêt est d'autant plus significatif que la situation de fait semblait claire :

- Pertes cumulées sur les exercices 2001, 2002 et 2003 pour un montant de 2 209 000 €
- Bénéfices de 339 000 € en 2004
- Baisse du chiffre d'affaires au cours du premier trimestre 2005 conjugué à une forte augmentation du prix des matières premières
- Apparition de nombreux concurrents

La lettre de licenciement était motivée en ces termes :

« Suppression de votre poste consécutive à la mise en œuvre de la restructuration due à la raréfaction de la demande clientèle et à la baisse induite des prix de vente nécessitant un plan de sauvegarde de la compétitivité et de la pérennité de l'entreprise. »

c-le degré d'appréciation du juge

Il appartient à l'employeur de démontrer en quoi la mesure choisie est nécessaire à la sauvegarde.

Dans un arrêt du 27 juin 2007, la Cour de Cassation décide :

« Si les juges du fond ne peuvent pas arbitrer entre les différentes possibilités de réorganisation d'une entreprise, il leur appartient de vérifier que celle invoquée à l'appui des licenciements est nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité. »

L'employeur doit alors produire tous les éléments qui permettent d'établir que les mesures de réorganisation de l'entreprise sont nécessaires à la sauvegarde de la compétitivité.

4/ La cessation d'activité

Au dernier état de sa Jurisprudence, la Cour de Cassation considère que la cessation d'activité, si elle est totale, est un motif économique dès lors qu'elle n'est pas due à une faute de l'employeur ou à sa légèreté blâmable.

Ainsi, constitue un motif économique légitime en Jurisprudence :

- La fermeture de l'entreprise en raison du départ en retraite de l'employeur personne physique, de son état de santé
- La dissolution d'une association
- La fermeture de l'entreprise en raison de la maladie de quatre salariés sur six, entraînant la suppression de tous les emplois
- La cessation d'exploitation consécutive au coût trop élevé de réparation d'installations vétustes, à un sinistre et sans doute à une interdiction administrative ou légale comme la réduction obligée du temps de travail.

A l'inverse, ne justifient pas un motif économique légitime en Jurisprudence la fermeture temporaire, même si elle dure depuis plusieurs mois, ni une réorganisation de l'entreprise.

De même, lorsqu'une holding a la qualité de co-employeur des salariés d'une filiale, la cessation d'activité de cette dernière mise en liquidation judiciaire 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 elle relève (CASS.SOC. 18 JANV. 2011).

Autrement dit, le co-employeur ne justifie pas d'une cause réelle et sérieuse de licenciement à l'égard des salariés licenciés par la filiale lorsqu'il se borne à faire état de la cessation d'activité de cette dernière.

Sa condamnation à dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle ni sérieuse est alors considérée comme justifiée.

La cessation d'une partie des activités de l'entreprise n'est pas en soi un motif économique.

La Jurisprudence a eu l'occasion de le rappeler.

Tel est le cas :

- d'une fermeture de ligne aérienne pour le licenciement d'un pilote
- de la fermeture d'une agence ou de la fermeture d'un hôtel qui ne représente qu'une partie des activités de l'employeur.

Enfin, pour pouvoir justifier un motif de licenciement économique, la cessation d'activité ne doit pas constituer une faute de l'employeur ou une légèreté blâmable.

La Cour considère que fait preuve de légèreté blâmable l'employeur qui cesse son activité pour se plier à une décision prise par le groupe auquel appartient l'entreprise et non pas pour sauvegarder sa compétitivité mais afin de réaliser des économies et d'améliorer sa propre rentabilité au détriment de la stabilité de l'emploi dans la filiale fermée.

Il s'agissait dans cette affaire d'une entreprise filiale à 100 % d'une société holding. Elle avait pour activité le stockage de pneus et leur commercialisation en gros auprès de nombreux opérateurs sur le territoire français.

C'était donc une centrale d'achats.

Le groupe possédant une autre centrale d'achats a décidé de supprimer celle-là, qui faisait doublon.

Cette décision ne reposait sur aucune difficulté économique particulière mais uniquement sur un souhait de rationaliser l'activité.

La Cour de Cassation a ainsi considéré que le licenciement de 17 salariés de cette filiale était sans cause réelle ni sérieuse.

Cette décision est des plus importantes puisqu'elle met un frein à une dérive qui se faisait jour depuis que la Cour de Cassation avait admis en 2001 que la cessation d'activité constituait un motif économique autonome légitime sous la seule réserve de l'absence de faute ou de légèreté blâmable.

Ainsi, la cessation totale d'activité se trouvait exonérée de l'existence d'un élément causal.

Le principe avait été dégagé pour trouver une solution pour les chefs d'entreprise, personnes physiques, ou encore petites structures en EURL qui souhaitaient arrêter leur activité mais n'étaient pas en mesure de céder l'activité.

Tel avait été le cas dans une affaire concernant la cessation d'activité d'un restaurant (CASS.SOC. 16 JAN. 2001) et celle du chef d'une petite entreprise qui décidait de fermer l'entreprise, sa santé ne permettant plus de continuer l'activité (CASS.SOC. 29 AVRIL 2009).

En revanche, le but de la cessation d'activité comme motif économique admis en Jurisprudence n'était évidemment pas d'autoriser un groupe à se dispenser de justifier sa décision soit par des difficultés économiques, soit par une réorganisation nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité, quand il ferme une filiale.

La Cour de Cassation n'entend pas ainsi renoncer au motif économique autonome dans le seul but d'éviter les abus.

C'est la raison pour laquelle elle s'en sort en déclarant :

« Si en cas de fermeture définitive et totale de l'entreprise le juge ne peut, sans méconnaître l'autonomie du motif de licenciement, 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 économique de l'entreprise pour apprécier le comportement de l'employeur. »

Quel est donc ce comportement ?

C'est tout simplement l'abandon de la décision au groupe.

Par ricochet, le juge doit être vigilant et regarder la façon d'agir du groupe. Si sa décision n'est pas inspirée par la sauvegarde de la compétitivité mais par le souhait de réaliser des économies et d'améliorer sa propre rentabilité au détriment de la stabilité de l'emploi, le licenciement sera considéré comme sans cause réelle ni sérieuse.

La Cour de Cassation condamne une société holding qui exerce un contrôle étroit sur une filiale.

Le schéma est le suivant : la filiale avait totalement cessé son activité alors que le groupe ne connaissait aucune difficulté et l'employeur essayait de jouer sur le motif autonome de cessation d'activité.

Au lieu de prendre argument de la légèreté blâmable, la Cour de Cassation s'est fondée pour condamner la société holding sur sa qualité de co-employeur :

« Mais attendu que lorsque le salarié a pour co-employeur des entités faisant partie d'un même groupe, la cessation d'activité de l'une d'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 elle relève. »

B. L'ELEMENT MATERIEL

Les éléments matériels légaux sont :

- la suppression d'emploi
- la transformation d'emploi
- la modification du contrat de travail

1/ La suppression d'emploi

Elle peut prendre plusieurs formes et elle doit être en tout état de cause réelle.

a/ Elle doit prendre plusieurs formes : dans le cas d'une suppression d'emploi par suppression des tâches, c'est en pratique l'emploi qui disparaît.

Une telle suppression d'emploi n'implique pas nécessairement une compression des effectifs.

Lorsqu'une réorganisation justifiée de l'entreprise impose la suppression de certains emplois et la création de nouveaux départements ou services, dans lesquels d'autres emplois sont créés, le recrutement de nouveaux salariés est possible.

Mais il faut deux conditions :

- D'abord que le personnel recruté ne soit pas affecté dans des emplois qui en fait sont de même nature que ceux prétendument supprimés. Un tel recrutement révélerait en effet que les postes n'ont pas été réellement supprimés.
- Ensuite, que l'employeur ait satisfait à son obligation de reclasser les salariés dont l'emploi est supprimé dans des emplois nouvellement créés.

b/ Dans les cas de suppressions d'emplois sans suppression des tâches, c'est souvent le poste qui disparaît ou l'emploi qui se transforme.

Toutefois, l'emploi peut être regardé comme supprimé, en particulier lorsque la tâche est assurée par un bénévole, ce qui est parfaitement admis.

Les tâches peuvent être redistribuées entre plusieurs salariés ou être intégrées dans un autre emploi.

Ainsi, la suppression d'emploi a été admise dans les cas suivants :

- attribution des tâches d'un chef d'atelier dont le poste a été supprimé à un contremaître déjà employé dans l'entreprise,
- tâches confiées à un autre salarié en sus des siennes

c/ En tout état de cause, la suppression d'emploi doit être effective, peu importe que tout en faisant état de cette suppression, la lettre de licenciement comporte une erreur matérielle relative au poste supprimé.

Cette condition suppose d'abord que la suppression affecte un poste identifié.

d/ Enfin, la réalité de la suppression du poste s'apprécie dans le même espace temps que celui au cours duquel le licenciement économique est prononcé.

e/ La réalité de la suppression de l'emploi doit par ailleurs être examinée au niveau de l'entreprise, même si les raisons qui la justifient s'apprécient au niveau du groupe.

2/ La transformation d'emploi

La transformation de l'emploi par suite de difficultés économiques, de mutations technologiques ou d'une réorganisation de l'entreprise peut justifier un licenciement pour motif économique soit parce qu'elle donne lieu à une modification du contrat de travail refusée par le salarié, soit parce que ce dernier n'a pas les compétences nécessaires pour occuper le nouvel emploi.

Mais il est impératif qu'il s'agisse dans ce dernier cas d'une véritable incompatibilité et non d'une simple inadaptation de l'intéressé à l'évolution de son emploi.

La transformation d'emploi se confond souvent :

- Soit avec la suppression d'emploi
- Soit avec la modification du contrat car elle affecte l'emploi qui est un élément de son essence

Toutefois, toute modification du contrat ne constitue pas une transformation d'emploi.

Ainsi, la modification peut porter sur le salaire sans affecter la tâche.

3/ Sur la modification du contrat de travail

Le refus par le salarié d'une modification de son contrat pour des raisons économiques peut justifier son licenciement.

Il est alors nécessaire de respecter la procédure préalable, savoir :

- Le cas échéant consultation du C.E.
- En tout état de cause, l'information du salarié par lettre recommandée avec accusé de réception précisant qu'il dispose d'un mois pour faire part de son refus de modification.

Il s'impose à l'employeur d'attendre l'expiration du délai d'un mois pour initier la procédure.

C. L'OBLIGATION DE RECLASSEMENT

Elle est d'origine prétorienne.

Est sans cause réelle et sérieuse un licenciement prononcé alors que l'employeur n'a pas saisi une possibilité de reclassement dans un autre emploi compatible avec les capacités du salarié.

Avant la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002, l'obligation de reclassement procédait de l'obligation d'exécuter de bonne foi le contrat de travail.

Depuis que l'article 108 de la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 a introduit dans le Code du travail des dispositions relatives à

l'obligation de reclassement en créant l'article L1233-4, l'obligation de reclassement est devenue un principe fondamental du droit.

Le législateur fait de l'obligation de reclassement un élément de la politique publique de l'emploi.

Cette obligation transcende les seuls intérêts privés pour relever de l'intérêt général, d'où l'importance aujourd'hui du contenu de l'article L1233-4 du Code du travail.

1/ La délimitation de l'obligation

a. Les parties à l'obligation de reclassement

α - Le débiteur de l'obligation est l'employeur.

⇒ Une société appartenant au même groupe que l'employeur n'est pas, en cette seule qualité, débitrice envers les salariés qui sont au service de l'employeur d'une obligation de reclassement.

Les sociétés du groupe, autres que la société employeur, ne répondent donc pas des conséquences d'une inexécution par l'employeur de son obligation individuelle de reclassement, même si elle n'a pas fait connaître les possibilités de reclassement existant en son sein.

⇒ Il en est de même en présence d'une U.E.S.

⇒ Si pour être débiteur de l'obligation de reclassement il faut être employeur, tout employeur n'est pas pour autant tenu d'observer l'obligation de reclassement.

Tel est le cas pour les particuliers employeurs ou les syndicats de copropriétaires.

β - Le créancier de l'obligation de reclassement est naturellement le salarié, lequel a droit d'être informé sur toutes les possibilités de reclassement existantes.

b. Le domaine de l'obligation

La première question consiste à se demander si l'obligation pèse sur l'employeur, quel que soit le type de rupture envisagé.

Lorsqu'un PSE prévoit le recours à des départs volontaires, la notification par l'employeur de la rupture de son contrat de travail au salarié qui manifeste l'intention de quitter l'entreprise aux conditions proposées dans le plan constitue un licenciement.

En conséquence, la rupture est soumise aux dispositions légales applicables au licenciement économique, en particulier à celles relatives à l'obligation de reclassement.

Il en est exactement de même en ce qui concerne la rupture consécutive à l'adhésion par le salarié à la convention de reclassement personnalisé que l'employeur doit proposer au salarié dont le licenciement économique est projeté.

⇒ Selon la Cour de Cassation, avec la CRP, le contrat est rompu d'un commun accord, ce qui signifie que l'accord porte non sur le principe de la rupture mais seulement sur ses modalités.

Par voie de conséquence, l'adhésion à la CRP ne prive pas le salarié de la possibilité de contester le motif de la rupture.

Deuxième question : Quid en présence d'une résiliation amiable ne rentrant pas dans le champ de la rupture conventionnelle ?

- Aucune décision n'a été prise sur le point de savoir si une résiliation amiable intervenue en considération de circonstances caractérisant un

motif économique excluait l'application des dispositions relatives au reclassement.

Monsieur CHAUVIRE penche pour le respect de l'obligation de reclassement en présence d'une résiliation amiable intervenue en considération de circonstances caractérisant un motif économique.

Il observe cependant que l'arrêt du 26 octobre 2010 qui concerne les plans de départ volontaire sans licenciement a montré que la Cour de Cassation considérait que le plan de sauvegarde de l'emploi, qui prévoyait une réduction des effectifs par le recours exclusif à des départs volontaires, n'avait pas besoin de contenir un plan de reclassement, ce qui milite par voie d'effet induit en faveur d'une absence d'obligation individuelle de reclassement.

- A l'inverse, si l'employeur qui veut réduire les effectifs n'exclut pas les licenciements, il doit alors établir obligatoirement un plan de sauvegarde de l'emploi comportant un plan de reclassement et demeure débiteur de l'obligation individuelle de reclassement.

Troisième question : A partir de quand et jusqu'à quand l'employeur est tenu d'exécuter son obligation de reclassement ?

L'obligation prend effet dès l'instant où le licenciement individuel ou collectif est envisagé.

Si l'employeur procède à des embauches par voie de recrutement externe entre la procédure de consultation du C.E. et la notification du licenciement sans proposer les emplois au salarié concerné par le licenciement, alors qu'ils correspondent à sa qualification, ledit employeur ne satisfait pas à son obligation de reclassement.

En revanche, il ne peut lui être imposé à une date antérieure à l'apparition de la cause du licenciement un devoir de prévision à long terme.

Quatrième question : Quelle est l'étendue géographique de l'obligation de reclassement ?

L'obligation de reclassement s'apprécie soit dans l'entreprise, soit dans le groupe.

⇒ A l'intérieur de l'entreprise, elle ne pose pas de difficulté particulière.

⇒ Il n'en va pas de même au niveau de la détermination du groupe.

La Jurisprudence est abondante.

Depuis les arrêts du 5 avril 1995 confirmant un arrêt du 25 juin 1992, la possibilité de reclassement devait être recherchée 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.

A l'inverse de ce que prévoit l'article L2331-1 du Code du travail à propos de la mise en place du comité de groupe, le critère déterminant du groupe de reclassement ne procède pas des liens capitalistiques.

Ce qui compte, c'est la constatation de la permutabilité du personnel.

On en trouve une illustration dans une affaire où les juges du fond ont relevé que des permutations de salariés s'opéraient entre des établissements relevant de la Direction Diocésaine de l'Enseignement Catholique (CASS.SOC. 8 JUIL. 2008).

Au sein d'une U.E.S., la recherche de la permutabilité du personnel est identique.

La recherche de reclassement doit s'effectuer au sein des entreprises du groupe situées hors du territoire national, sauf à l'employeur à démontrer que la législation applicable localement aux salariés étrangers ne permet pas le reclassement.

Toutefois, avec l'article L 1233-4-1 du Code du travail adopté par la loi du 18 mai 2010, le reclassement hors du territoire national est subordonné à la réalisation d'une condition nouvelle.

L'employeur peut parfois être tenu d'effectuer son obligation de reclassement dans un périmètre plus large.

Ainsi, certaines conventions collectives imposent à l'employeur qui envisage un ou des licenciements pour motif économique, en cas d'impossibilité de reclassement dans l'entreprise ou le groupe, de s'adresser à son organisation professionnelle ou à une commission paritaire de l'emploi pour rechercher des possibilités de reclassement.

C'est notamment le cas de l'accord national interprofessionnel du 10 février 1969 sur la sécurité de l'emploi qui, dans ses articles 5 et 15, renvoie dans chaque profession à la mise en place de commissions paritaires de l'emploi qui ont vocation à être saisies en cas de licenciement collectif d'ordre économique ...

... lorsque se pose un problème de reclassement non résolu au niveau de l'entreprise.

Les dispositions de l'ANI du 10 février 1969 sont pour l'instant peu invoquées, mais elles commencent à l'être quand la Jurisprudence de la Cour de Cassation a considéré que la méconnaissance par l'employeur de dispositions qui étendent le périmètre de reclassement et prévoient une procédure destinée à favoriser le reclassement à l'extérieur de l'entreprise avant tout licenciement constitue un manquement à l'obligation de reclassement préalable au licenciement (CASS.SOC. 28 MAI 2008, Bull. n° 116).

⇒ Cependant, ces accords ou conventions ne prévoient l'extension du périmètre de reclassement que lorsque l'employeur n'est pas parvenu à opérer le reclassement dans l'entreprise ou dans l'une des entreprises composant le groupe.

La recherche de possibilités de reclassement dans le cadre de la procédure conventionnelle de reclassement externe ne s'impose pas en cas de refus par le salarié d'un poste à l'intérieur de l'entreprise équivalent au poste

précédent et en rapport avec ses aptitudes (CASS.SOC. 7 JUIL.2010 n° pourvoi 08-40321).

Dans un second arrêt du 7 juillet 2009 portant le n° de pourvoi 08-40322, la Cour de Cassation décide qu'il n'y avait pas lieu de saisir la commission paritaire prévue par la convention collective du caoutchouc (art. 14.2) dès lors que le PSE mis en œuvre par MICHELIN prévoyait outre la proposition personnelle à chacun des salariés concernés deux possibilités de reclassement interne dans diverses sociétés du groupe assorties d'aide à la mobilité, des mesures d'âge, des mesures de revitalisation du bassin d'emploi pour faciliter le reclassement externe du personnel concerné ainsi que la mise en place d'une cellule de reclassement et l'allocation d'aides spécifiques complémentaires pour favoriser la création ou la reprise d'activité par les salariés.

Faut-il poser la question de la saisine des commissions paritaires en présence d'un licenciement collectif où le recours au PSE ne s'applique pas ?

Selon nous, la question ne se pose pas dans la mesure où l'obligation de rechercher un reclassement externe n'est imposée que par l'article L 1233-62 du Code du travail qui précise le contenu du PSE.

⇒ Enfin, la question se pose de savoir si on peut réduire le périmètre de l'obligation de reclassement.

Le salarié ne peut renoncer par avance à l'obligation de reclassement ni en restreindre en principe le domaine.

L'employeur ne peut pas se prévaloir d'un refus par le salarié de tout reclassement dès lors que le refus est exprimé avant que n'ait été proposé audit salarié un reclassement personnel et concret.

Le législateur vient cependant d'apporter une dérogation à la règle depuis la loi du 18 mai 2010 et l'introduction de l'article L 1233-4-1 selon lequel le salarié peut restreindre l'étendue de l'obligation de reclassement avant toute proposition dès lors que l'employeur est tenu de lui demander

préalablement à tout licenciement s'il accepte de recevoir des offres hors du territoire et sous quelles restrictions éventuelles.

2/ La mise en œuvre de l'obligation de reclassement

a. Les modalités d'exécution : les règles de fond

L'employeur doit rechercher et proposer aux salariés concernés des emplois disponibles, de même catégorie, ou à défaut de catégorie inférieure, fût-ce par voie de modification du contrat de travail et au besoin en assurant aux salariés une adaptation à l'évolution de son emploi.

Cette formation d'adaptation correspond à celle dont il est fait état à l'article L6321-1 du Code du travail selon lequel l'employeur assure l'adaptation des salariés à leur poste et veille au maintien de leur capacité à occuper un emploi au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations.

⇒ En revanche, le devoir d'adaptation du salarié n'entraîne pas l'obligation de lui assurer une formation initiale qui lui ferait défaut.

⇒ La recherche des possibilités de reclassement doit être sérieuse et active et ne répond pas à ce critère l'envoi par l'employeur de lettres circulaires aux autres entreprises du groupe, même si elles comportent une liste nominative du personnel (CASS.SOC. 6 MAI 2007) dès lors qu'elles ne font pas état des aptitudes professionnelles des salariés concernées, qu'elles sont impersonnelles et générales.

⇒ L'employeur est tenu d'offrir nominativement aux salariés tous les emplois disponibles en rapport avec leurs aptitudes professionnelles et de donner la priorité aux emplois qui correspondent aux niveaux de qualification.

⇒ Il existe parfois des situations complexes où plusieurs salariés sont en concours pour occuper un même emploi.

La difficulté a été réglée lorsque l'un des candidats est un salarié à reclasser et l'autre un salarié venant de l'extérieur du groupe. Dans ce cas, le salarié à reclasser est prioritaire.

⇒ Une autre situation complexe peut résulter de l'engagement d'une procédure de licenciement pour motif économique dans plusieurs entreprises en même temps d'un même groupe et que des salariés d'entreprises différentes se trouvent en concurrence pour un reclassement dans des postes disponibles dans l'une ou l'autre des entreprises du groupe.

Dans ce cas, on donne la priorité aux salariés de l'entreprise au sein de laquelle les postes se trouvent disponibles (CASS.SOC. 11 DEC. 2001, BULL. n° 379).

⇒ Reste une hypothèse dans laquelle les salariés dont le licenciement est envisagé et qui sont en concurrence appartiennent à la même entreprise.

Comment dans ce cas opérer le choix ?

La question n'est pas résolue.

Or, la question est différente de celle de l'ordre des licenciements.

Le choix doit s'effectuer en fonction de critères objectifs.

En présence d'un PSE, il est conseillé de prévoir une disposition fixant les critères de choix.

b. Les modalités d'exécution sur le plan de la forme

Selon l'article L 1233-4, les offres de reclassement doivent être faites par écrit.

Tout autre moyen de preuve est exclu.

Mais la formulation écrite n'est pas suffisante. Il faut que l'offre soit précise, concrète et personnalisée, c'est-à-dire adaptée aux compétences et aux capacités du salarié (CASS.SOC. 10 FEV. 2010 ; CASS.SOC. 13 JUL. 2010).

Se trouve ainsi condamnée la communication par affichage, lettre ou message électronique à tous les salariés concernés par un licenciement collectif.

Lorsque les emplois disponibles susceptibles d'être offerts sont situés en dehors du territoire national, l'article L 1233-4-1 dispose que le salarié doit préalablement avoir en réponse à la demande de l'employeur précisé qu'il acceptait d'envisager un reclassement hors du territoire national et sous quelle restriction éventuelle.

La proposition de l'employeur doit être écrite.

La réponse du salarié ne répond pas à un formalisme identique.

Le silence du salarié ne vaut pas acceptation de la proposition.

Le salarié n'a pas de délai pour répondre, sauf si l'employeur intime audit salarié de prendre position dans un délai précis.

Si le salarié garde le silence, il est conseillé à l'employeur de ne pas prendre la décision de licencier à la hâte et d'inviter le salarié une nouvelle fois à prendre position.

En revanche, si le salarié accepte la convention de reclassement personnalisé, cette acceptation emporte renonciation au poste de reclassement proposé (CASS.SOC. 9 FEV. 2010).

3/ Contrôle du juge et sanction de l'inexécution de l'obligation de reclassement

a. Contrôle du juge

Sauf fraude, les possibilités de reclassement s'apprécient au plus tard à la date du licenciement.

Ainsi, en présence d'un groupe en cours de constitution à la date de licenciement, le juge n'a pas à vérifier si l'employeur a effectué une recherche de possibilité de reclassement dans les autres entreprises du futur groupe.

C'est à l'employeur débiteur de l'obligation de moyen renforcé qu'il incombe de la prouver s'il n'a pas reclassé le salarié.

Il lui fait prouver qu'il s'est trouvé dans l'impossibilité de le faire, soit en raison du refus du salarié des offres faites, soit en raison de l'absence d'emploi disponible pouvant être proposé au reclassement.

b. Sanction

L'inexécution du reclassement prive le licenciement de toute cause réelle et sérieuse avec toutes ses conséquences de droit.

II – LA MOTIVATION DE LA LETTRE

L'article L1233-16 du Code du travail dispose :

« La lettre de licenciement comporte l'énoncé des motifs économiques invoqués par l'employeur.

Elle mentionne également la priorité de réembauche prévue par l'article L. 1233-45 et ses conditions de mise en oeuvre. »

1/ L'énoncé de l'élément originel et de l'élément matériel

La motivation du licenciement doit impérativement figurer dans la lettre qui se suffit à elle-même.

La lettre de licenciement doit mentionner à la fois les raisons économiques et leur incidence sur l'emploi ou le contrat de travail.

La lettre doit préciser l'incidence de la raison économique sur le contrat de travail du salarié ou sur son emploi (CASS.SOC. 24 OCT. 2006 n° 05-41356).

Si elle se limite à faire état de la suppression d'un service sans mentionner la conséquence précise de la réorganisation de l'entreprise sur l'emploi du salarié, la Jurisprudence considère qu'elle ne contient pas l'énoncé du motif exigé par la loi (CASS.SOC. 13 SEPT. 2006 n° 05-42584).

En revanche, la tendance est à l'assouplissement en matière de réorganisation de l'entreprise puisque la Cour de Cassation considère :

1/ qu'il n'est pas nécessaire que la lettre précise que la réorganisation est destinée à sauvegarder la compétitivité de l'entreprise (CASS.SOC. 2 MARS 2009, BULL.CIV. V n° 88 ; CASS.SOC. 8 NOV. 2006).

2/ que le juge doit vérifier si cette réorganisation est fondée sur la compétitivité ou par des difficultés économiques (CASS.SOC. 16 DEC. 2008 BULL.CIV. V n° 252).

La motivation est personnelle et individualisée.

Il vient d'être récemment jugé que la motivation de la lettre qui fait état d'une baisse d'activité résultant de la disparition d'un certain nombre de contentieux traités par un cabinet d'avocats et de son incidence sur l'emploi du salarié est fondée sur des faits précis.

2/ Les situations particulières

a. La particularité du licenciement économique d'une femme enceinte

Dans un arrêt du 21 janvier 2009, la Cour de Cassation confirme une décision de Cour d'Appel qui avait annulé un licenciement au motif que la lettre de licenciement ne faisait pas état de la protection due à la salariée et n'invoquait pas expressément le motif visé à l'article L 122-25-2 du Code du travail, à savoir l'impossibilité de maintenir le contrat pour un motif étranger à la grossesse.

b. Deuxième situation particulière : la procédure collective

La procédure est simplifiée.

La lettre de licenciement doit se référer :

- A l'ordonnance du juge-commissaire qui autorise l'administrateur à procéder au licenciement présentant un caractère urgent, inévitable et indispensable pendant la période d'observation
- Au jugement arrêtant le plan de cession ou de redressement autorisant le licenciement
- Au jugement de liquidation judiciaire

c. Troisième situation particulière : les salariés à qui on propose une CRP

En réalité, la Jurisprudence a évolué.

Premier principe, l'employeur doit énoncer le motif économique :

- soit dans le document écrit d'information sur la CRP remis au salarié
- soit dans la lettre qu'il est tenu d'adresser au salarié lorsque le délai de réponse expire après le délai d'envoi de la lettre de licenciement

Deuxième principe, lorsqu'il n'est pas possible d'envoyer cette lettre avant l'acceptation par le salarié de la CRP, il suffit que le motif économique soit énoncé dans tout autre document écrit remis ou adressé à celui-ci au plus tard au moment de son acceptation.

Dans un arrêt du 27 mai 2009, la Cour de Cassation avait jugé que la rupture du contrat de travail résultant de l'acceptation par le salarié d'une convention de reclassement personnalisé devait avoir une cause réelle et sérieuse et que l'appréciation de cette cause ne pouvait résulter que des motifs énoncés par l'employeur.

Le 5 mai 2010, la Cour de Cassation consacre l'obligation de motiver par écrit le motif économique de licenciement qui légitime la remise de la convention de reclassement personnalisé en statuant en ces termes :

« En l'absence de motif économique de licenciement, la convention de reclassement personnalisé devient sans cause, de sorte que l'employeur est alors tenu à l'obligation du préavis et des congés payés afférents, sauf à tenir compte des sommes déjà versées à ce titre en vertu de ladite convention. »

19 JANVIER 2011 :

En l'absence de motif économique du licenciement, la convention de reclassement personnalisé devenant sans cause, l'employeur est tenu à l'obligation du préavis, le contrat de travail se poursuivant jusqu'à son terme.

Autrement dit, la motivation reprise est identique.

L'adhésion du salarié à une convention de reclassement personnalisé ne prive pas le salarié de la possibilité d'en contester les motifs.

d. Autres situations particulières

Doit figurer dans la lettre de licenciement :

- La proposition de congé de reclassement lorsque cette proposition est obligatoire
- La priorité de réembauchage
- Le délai de contestation de douze mois de la régularité et de la validité du licenciement. Ce délai de douze mois ne vise que les contestations de nature à entraîner la nullité de la procédure de licenciement collectif pour motif économique en raison de l'absence ou de l'insuffisance du PSE. Pour tout autre contestation, le délai de prescription de droit commun est de cinq ans.
- Le DIF

3/ Les sanctions

⇒ La sanction de l'absence de cause réelle et sérieuse est distincte suivant l'ancienneté du salarié et l'effectif de l'entreprise.

Pour le salarié ayant au moins deux ans d'ancienneté dans une entreprise de onze salariés et plus, l'indemnité pour licenciement sans cause réelle ni sérieuse est d'au moins six mois.

A l'inverse, pour le salarié ayant moins de deux ans d'ancienneté ou une entreprise de moins de onze salariés, c'est en fonction du préjudice subi.

⇒ Sanction du défaut de la mention de la priorité de réembauchage :

- Droit à une indemnité souverainement évaluée par le juge
- Si le salarié démontre que cela l'a privé d'une possibilité de réembauche :

- le salarié ayant au moins deux ans d'ancienneté dans une entreprise de onze salariés, la sanction est d'au moins deux mois de salaire
- pour le salarié ayant moins de deux ans d'ancienneté ou travaillant dans une entreprise de moins de onze salariés : en fonction du préjudice subi

⇒ La sanction pour défaut de mention de la priorité de réembauchage se cumule avec l'indemnité pour licenciement sans cause réelle ni sérieuse.

⇒ Sanction du défaut de mention du DIF : la loi ne prévoit pas de sanction. La Jurisprudence prévoit la possibilité de demander une indemnisation correspondant au préjudice subi.

Vincent COTTEREAU

Avocat Spécialisé en droit Social

Avocat au Barreau de TOURS

Ancien Bâtonnier