

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

Le licenciement pour motif sui generis

Sébastien Ranc

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

Le licenciement pour motif *sui generis*¹

Le juriste, cet apothicaire conservateur². Le juriste ressemble à un apothicaire dont le tempérament serait plutôt conservateur. Quand on entre dans sa boutique, située dans l'un des quartiers les plus anciens de la ville, se dressent derrière lui d'impressionnantes rangées de tiroirs étiquetés couvrant l'ensemble des murs. On lui présente alors l'objet que l'on peine à identifier juridiquement. Il l'observe puis décide de lui attribuer tel ou tel tiroir au sein duquel se trouve un régime juridique approprié et appliqué depuis longtemps. Mais il lui arrive parfois d'être confronté à une impasse. L'objet présenté ne correspond alors à aucune étiquette d'aucun tiroir. Il en déduit qu'il ne reste qu'un seul endroit où placer cet objet inconnu, en l'occurrence un tiroir étiqueté « *sui generis* »³. En matière de licenciement, deux tiroirs avaient largement suffi à classer l'ensemble des licenciements : l'un est intitulé « licenciement pour motif personnel » ; l'autre, « licenciement pour motif économique ». Il semble qu'il faille désormais en ouvrir un troisième.

Les licenciements pour motif *sui generis* d'origine légale. La première source du licenciement pour motif *sui generis* – raccourci en licenciement *sui generis* – est la loi. C'est d'abord l'ancien article L. 1222-8 du Code du travail découlant de la mise en œuvre des 35 heures dans les entreprises qui disposait que « *lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent une modification de leur contrat de travail résultant de l'application d'un accord de réduction de la durée du travail, leur licenciement est un licenciement qui ne repose pas sur un motif économique* »⁴. La doctrine⁵, ainsi que l'administration du travail⁶, y avait décelé l'existence d'un motif *sui generis*.

Deux autres licenciements pour motif *sui generis* ont ensuite été consacrés dans l'hypothèse d'un transfert du contrat de travail entre une personne privée et une personne publique et *vice versa*. Selon les articles L. 1224-3, alinéa 4 et L. 1224-3-1, alinéa 3 du Code du travail, « *en cas de refus des salariés d'accepter le contrat proposé, leur contrat prend fin de plein droit* »⁷.

¹ Nous empruntons ces termes à M. MORAND, « Licenciement *sui generis* : entre précisions et interrogations », *SSL* 2006, n° 1260, p. 7, qui a été le premier à découvrir ce type de licenciement. *Adde* A. MARTINON, « Les zones grises du motif de licenciement. À la recherche d'une nouvelle architecture », in *Mélanges P.-Y. VERKINDT*, LGDJ, 2022, p. 307 ; E. LEDERLIN et I. SAINT-LARY, « Trouble dans le licenciement », *JCP S* 2022, 1266.

² Toute métaphore vaut ce qu'elle vaut. Elle ne doit être prise que ce que pour elle est.

³ « De son propre genre. Qualification d'une situation juridique dont la nature singulière empêche de la classer dans une catégorie juridique déjà connue » : *Locutions latines juridiques*, Dalloz, 2007, spéc. p. 88.

⁴ L'ancien article L. 1222-8 du Code du travail est issu de la L. n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail (art. 30) et a été abrogé par l'Ord. n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective (art. 3).

⁵ « Certes puisque la loi l'exclut, ce motif ne pourra pas avoir un caractère économique, mais il pourra s'agir alors d'une cause non économique, non personnelle dans laquelle le juge aura à déterminer si la diminution de la rémunération contractuelle était nécessaire à l'équilibre économique de l'accord, compte tenu de la situation de l'entreprise » : M. MORAND, « Un licenciement sans motif ! », *JCP E*, 6 avril 2000, p. 596, spéc. n° 12.

⁶ « Les licenciements intervenant à la suite du refus opposé par un ou plusieurs salariés ne reposent donc ni sur un motif personnel, ni sur un motif économique ; ils constituent des licenciements "*sui generis*" » : Circ. relative à la réduction négociée du temps de travail, NOR : MES/CAB/2000 003, Fiche n° 27, 3 mars 2000.

⁷ Ces articles sont issus de la loi n° 2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique (arts. 24 et 25). La Cour de cassation est allée en ce sens dans un arrêt du 30 septembre 2009 (n° 08-40.846, *Bull. civ. V*, n° 212) dans une espèce antérieure à la loi nouvelle : « *si le licenciement d'un*

Selon une doctrine autorisée en matière de transfert d'entreprise, il s'agit bien d'un motif *sui generis*⁸.

Plus récemment, pullulent ici et là de nombreux licenciements pour motif *sui generis*, tant et si bien qu'un auteur a pu évoquer une rupture dans la façon de légiférer en droit du travail : serait ainsi advenue l'« ère du *sui generis* »⁹. La plus emblématique de ces consécutions reste le licenciement *sui generis* résultant du refus d'un salarié de se voir appliquer un accord de performance collective (APC)¹⁰. Selon le V de l'article L. 2254-2 du Code du travail, « ce licenciement repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse »¹¹. La même occurrence se retrouve au sein de plusieurs dispositions législatives difficiles à identifier pour un spécialiste en droit du travail car soit elles se situent en dehors du Code du travail. Elles n'ont pour autant pas échappé à la vigilance du même dernier auteur qui a révélé qu'en droit des transports¹², figurent désormais dans le Code des transports deux licenciements pour motif *sui generis* faisant suite au refus d'un salarié de se voir transférer son contrat de travail dans le cadre d'un changement d'attributaire d'un contrat de service public à la SNCF¹³ ou à la RATP¹⁴. En dehors de toute codification, de tels licenciements pour motif *sui generis* existent également dans le cadre de la fermeture de centrales à charbon et s'agissant des collaborateurs parlementaires appartenant à la famille du représentant de la Nation dont il en question¹⁵.

salarié qui refuse un contrat de droit public doit être prononcé dans les conditions prévues par le code du travail, le refus de changer de statut opposé par le salarié repris constitue à lui seul une cause de licenciement ».

⁸ « Mieux vaut y voir un licenciement *sui generis* dont la cause réelle et sérieuse réside dans le bien fondé des propositions de modifications non acceptées par le salarié » : A. MAZEAUD, *Droit du travail*, LGDJ, 2016, 10^{ème} éd., spéc. p. 583, n° 43.

⁹ « La rupture est ailleurs : la création de régimes à part. On peut y voir la confirmation d'une tendance actuelle du législateur de procéder par à-coups. À chaque nouveau projet, de nouveaux "dispositifs" juridiques propres – des greffes sauvages peu respectueuses des articulations classiques du droit du travail. L'ère du *sui generis* en somme » : H. CAVAT, « Ouverture à la concurrence dans les transports : transferts *sui generis* et menaces sur le statut collectif », *RDT* 2022, p. 88.

¹⁰ « Il s'agit donc d'un licenciement "*sui generis*" et les dispositions qui lui sont applicables ne renvoient pas au droit du licenciement pour motif économique » : G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis, 2023, 36^{ème} éd., p. 655, spéc. note de bas de p. 1.

¹¹ Il ne faut pas oublier que l'origine de ce motif *sui generis* est conventionnelle. En effet, l'article 18 de l'ANI du 11 janvier 2013 stipule qu'« en cas de refus du salarié des mesures prévues par l'accord [de maintien de l'emploi], la rupture de son contrat de travail qui en résulte s'analyse en un licenciement économique dont la cause réelle et sérieuse est attestée par l'accord précité ».

¹² H. CAVAT, *op. cit.* Plus généralement, v. S. CARRÉ, « Règles sociales du personnel du transport ferroviaire », in *Droit des transports*, Dalloz Action, 2023/2024, spéc. n° 822.122.

¹³ C. transp., art. L. 2121-4, III et IV. Si le salarié est affecté à plus de 50 % sur le service concerné, son refus « constitue le motif de la rupture de son contrat de travail, qui est prononcé par le cessionnaire », tandis que le salarié qui y est affecté à moins de 50 % se voit proposer une offre d'emploi, dans la région ou à défaut sur tout le territoire, sur un emploi de même catégorie ou équivalent mais, s'il la refuse, son refus « constitue le motif de la rupture de son contrat de travail, qui est prononcé par le cédant ».

¹⁴ C. transp., art. L. 3111-16-5, III, al . 1^{er} : « Le refus du salarié mentionné au II constitue le motif de rupture de son contrat de travail. La rupture du contrat de travail repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse ».

¹⁵ V. respectivement l'Ord. n° 2020-921, 29 juillet 2020 portant diverses mesures d'accompagnement des salariés dans le cadre de la fermeture des centrales à charbon (art. 31) et la L. n° 2017-1339, 15 septembre 2017 pour la confiance dans la politique (art. 18, I). Ces deux derniers motifs *sui generis* ont été dénichés toujours par H. CAVAT, *op. cit.*, spéc. note de bas de p. n° 25.

À notre connaissance, quatre autres motifs *sui generis* peuvent être évoqués. Parmi eux, seuls trois ont été consacrés en droit positif dont un a finalement été abrogé. D'abord, l'article L. 1236-8 du Code du travail dispose que « *la rupture du contrat de chantier ou d'opération qui intervient à la fin du chantier ou une fois l'opération réalisée repose sur une cause réelle et sérieuse* »¹⁶. Ce motif *sui generis* est en réalité d'origine jurisprudentielle¹⁷. Ensuite et en lien avec la prévention du terrorisme, une enquête administrative peut conduire à un avis d'incompatibilité à l'exercice de fonctions au sein d'une entreprise de transport public de voyageurs. Dans l'hypothèse d'un avis d'incompatibilité et en cas d'impossibilité pour l'employeur de procéder à un reclassement ou d'un refus du salarié d'être reclassé, « *cette incompatibilité constitue la cause réelle et sérieuse de licenciement* »¹⁸. Selon la doctrine, il s'agit bel et bien d'un licenciement pour motif *sui generis*¹⁹. Dans le même ordre d'idée, le retrait d'agrément à l'exercice des fonctions d'agent de sécurité constituait une « rupture de plein droit »²⁰. Ce motif *sui generis* a par la suite été abrogé²¹. Mais il semble que la jurisprudence en perpétue l'esprit²². Enfin, ne plus pouvoir exercer son activité pendant une durée supérieure à deux mois en raison du non-respect de l'obligation de présenter son passe-sanitaire a failli constituer un « *motif spécifique justifiant la cessation définitive des fonctions ou la rupture du contrat de travail* »²³, motif *sui generis* finalement abandonné lors des débats parlementaires²⁴.

Les licenciements pour motif *sui generis* d'origine jurisprudentielle. La seconde source du licenciement pour motif *sui generis* est jurisprudentielle²⁵. La Cour de cassation reste toutefois

¹⁶ Cette rédaction est issue de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017. Antérieurement, l'article L. 1236-8 du Code du travail (anc. art. L. 312-12) prévoyait que « *le licenciement qui, à la fin du chantier, revêt un caractère normal selon la pratique habituelle et l'exercice régulier de la profession, n'est pas soumis aux dispositions du chapitre III relatives au licenciement pour motif économique, sauf dérogations déterminées par convention ou accord collectif de travail* ». Autrement dit, le motif *sui generis* a été codifié en 2017.

¹⁷ « *L'achèvement d'un chantier constitue une cause de licenciement si le contrat a été conclu pour la durée de ce chantier* » : Soc., 12 février 2002, n° 99-41.239, *Bull. civ. V*, n° 64 ; 15 novembre 2006, n° 04-48.672, *Bull. civ. V*, n° 342 : *RDT* 2007, p. 34, note Ph. WAQUET.

¹⁸ Code de la sécurité intérieure, art. L. 114-2, al. 7.

¹⁹ « Aux termes de l'article L. 114-2, pris en son alinéa 7 du Code de la sécurité intérieure, le législateur prévoit que l'avis d'incompatibilité suffira en lui-même à justifier légalement le licenciement. Plus précisément, l'incompatibilité constatée par les services du ministère de l'intérieur constitue *per se* la cause réelle et sérieuse de licenciement » : O. CAHN, « Licenciement en raison d'une incompatibilité pour motif de sécurité : le juge judiciaire soumis au juge administratif », *RDT* 2020, p. 52.

²⁰ L. n° 83-629 du 12 juillet 1983 réglementant les activités privées de sécurité (art. 6-2, al. 1^{er}).

²¹ Ord. n° 2012-351 du 12 mars 2012 (art. 19).

²² Soc., 17 mars 2021, n° 19-23.042, publié : *JSL*, 20 avril 2021, n° 518-2, note Q. CHATELIER. En l'espèce, il s'agit d'un retrait du port d'arme à la RATP. *Adde* J. COLONNA et V. RENAUX-PERSONNIC, « Réagir au retrait d'habilitation "administrative" accordée à un salarié pour exercer son activité », *Les cahiers Lamy du DRH*, janvier 2022, n° 293, p. 33.

²³ Projet de loi n° 4386 relatif à la gestion de la crise sanitaire (art. 7, II, al. 2).

²⁴ « En revanche, un licenciement, à l'issue de deux mois de suspension, apparaît manifestement disproportionné. C'est pourquoi nous proposons de revenir sur la création d'un motif spécifique de licenciement tiré de la persistance du refus de se faire vacciner au-delà d'une période d'interdiction d'exercer de deux mois » : M. CHANTAL DESEYNE, rapporteur pour avis de la commission des affaires sociales du Sénat, <http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20210719/lois.html#toc16>.

²⁵ La source d'un licenciement *sui generis* peut aussi être doctrinale. Un auteur a par exemple proposé de créer un tel licenciement dans le cadre de l'obligation de rapatriement pesant sur la société mère. « Puisque la société mère conserverait le droit de rompre, soit parce que le retour est impossible, soit parce qu'il se heurte au refus du salarié, il serait selon nous utile de lever les ambiguïtés relatives à la nature du licenciement (pour motif

assez prudente en la matière. En effet, elle a consacré à plusieurs occasions des motifs *sui generis* de licenciement avant finalement de se rétracter. Par exemple, une série d'arrêts retenaient que lorsque les contrats de travail de deux époux ou concubins, salariés de la même entreprise, comportaient une clause d'indivisibilité, la rupture justifiée du contrat de travail de l'un justifiait à elle seule la rupture de celui de l'autre²⁶. Le motif *sui generis* du licenciement reposait alors sur l'indivisibilité contractuelle²⁷. Cette jurisprudence a par la suite été abandonnée²⁸.

En outre, la Cour de cassation avait décidé que « *la cour d'appel qui a constaté que le transfert partiel à la société [cessionnaire] sise à Lyon de l'entité économique à laquelle était rattachée la salariée avait entraîné par lui-même modification de son contrat de travail, en a exactement déduit que le licenciement reposait sur une cause réelle et sérieuse* »²⁹, consacrant ainsi selon la Haute juridiction elle-même un motif *sui generis* de licenciement ayant pour origine le refus d'une modification du contrat imposée par le transfert d'entreprise³⁰. Cette décision avait été fortement critiquée par la doctrine car elle contrevenait au droit de la modification du contrat de travail, tant et si bien que la Cour de cassation a fait marche arrière en la matière³¹. La même question pourrait se poser demain en matière de transfert partiel du contrat de travail³². Est-ce que le refus d'un salarié de voir son contrat de travail scindé du fait d'un transfert d'entreprise pourrait constituer en lui-même un motif *sui generis* de licenciement³³ ? Au regard du reflux de la jurisprudence en matière de transfert intégral du contrat de travail décrit ci-dessus, la consécration d'un tel motif paraît peu probable.

À notre connaissance, le seul motif *sui generis* de licenciement d'origine jurisprudentielle est relatif au travailleur dépourvu de titre de séjour. Selon la Cour de cassation, la seule « *irrégularité de la situation d'un travailleur étranger constitue nécessairement une cause*

économique ou personnel, disciplinaire ou non). À cet effet, il pourrait être prévu que le licenciement repose sur un motif spécifique dont le juge contrôle le caractère réel et sérieux, étant entendu que, conformément à une jurisprudence constante, le refus du salarié d'accepter une proposition conforme aux exigences légales justifierait la rupture par l'employeur. Cela ne ferait pas obstacle à ce qu'il soit fait référence aux règles procédurales de droit commun du licenciement pour motif personnel » : J.-Ph. LHERNOULD, « Le droit au retour du salarié mis à disposition d'une filiale étrangère. 1973-2023 : l'heure d'une réécriture de l'article L. 1231-5 du Code du travail ? », *RJS* 12/22.

²⁶ Soc., 7 mai 1986, n° 83-42.356, *Bull. civ.*, V, n° 204.

²⁷ P. LOKIEC, *Droit du travail*, PUF, 2022, 2^{ème} éd., spéc. n° 274.

²⁸ « *Même en cas d'indivisibilité des contrats de travail, le juge est tenu d'apprécier, pour chacun des salariés, le caractère réel et sérieux des motifs de rupture du contrat invoqués par l'employeur* » : Soc., 20 octobre 2009, n° 08-43.290, inédit. *Adde* Soc., 12 juillet 2005, n° 03-45.394, *Bull. civ.* V, n° 244

²⁹ Soc., 1^{er} juillet 2016, n° 14-21.143, publié : *Dr. soc.* 2016, p. 775, note J. MOULY ; *SSL* 2016, n° 1866, p. 9, note P. BAILLY ; *Dr. ouv.* 2016, p. 667, note D. BAUGARD.

³⁰ « La Cour de cassation a donc été amenée à préciser que, dès lors que la modification du contrat de travail était entraînée par le changement d'employeur lui-même, et ne relevait pas d'une modification unilatérale du contrat de ce dernier, le licenciement reposait sur une cause réelle et sérieuse. Et ce, alors même que le refus de la salariée d'accepter la modification de son contrat de travail n'était pas fautif. Il s'agit là d'un motif de licenciement autonome » : *Mensuel du droit du travail* [de la Cour de cassation], n° 77, juin 2016, spéc. p. 10.

³¹ Soc., 17 avril 2019, n° 17-17.880, publié : *SSL* 2019, n° 1866, p. 12, note M. MORAND ; *JCP S* 2019, 1179, note P. MORVAN ; *RD* 2019, p. 483, note S. RANC.

³² Soc., 30 septembre 2020, n° 18-24.881, publié : *SSL* 2020, n° 1928, p. 6, note P. BAILLY et S. RANC. *Adde* S. RANC, « Le sort du contrat de travail scindé lors d'un transfert partiel d'entreprise », *BJT* 2020, p. 68.

³³ « Reste pendante la question des conséquences sur le contrat de travail du salarié d'une situation dans laquelle la division du contrat de travail entraînerait une détérioration des conditions de travail du salarié ou une atteinte au maintien de ses droits garantis par la direction » : *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2020, spéc. p. 125.

objective justifiant la rupture de son contrat de travail exclusive de l'application des dispositions relatives aux licenciements et l'allocation de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse»³⁴. Ce motif de licenciement découle de l'interdiction d'ordre public absolu d'employer des travailleurs étrangers sans titre de séjour issue de l'article L. 8251-1 du Code du travail. Ce dernier motif *sui generis* de licenciement est par conséquent bien plus légal que jurisprudentiel.

Tentative de définition du licenciement pour motif *sui generis*. Au regard de cette liste sûrement non exhaustive, on s'aperçoit d'abord que la source du motif *sui generis* de licenciement est quasiment exclusivement légale. Ensuite et comme son nom l'indique, le licenciement pour motif *sui generis* n'est ni personnel, ni économique³⁵. Il n'a donc pas à être justifié par une cause personnelle ou une cause économique. L'existence d'une cause réelle et sérieuse du licenciement pour motif *sui generis* est en réalité conditionnée à la réalisation d'un acte ou d'un fait juridique prédéterminé par la loi. À ce jour, il s'agit essentiellement de l'absence d'une autorisation administrative préalable, de la fin d'un chantier ou d'une opération et du refus d'un salarié de voir son contrat de travail modifié soit par un accord collectif de travail, soit par un transfert d'entreprise particulier. Si cet acte ou fait juridique se réalise, le licenciement pour motif *sui generis* dispose alors automatiquement d'une cause réelle et sérieuse. Autrement dit, il s'agit d'une prédétermination de la justification du licenciement³⁶. Cela ne signifie pour autant pas qu'aucun contrôle ne puisse être effectué en la matière. Bien au contraire !³⁷

Tout reste à (re)construire. Les enjeux d'une étude relative au licenciement pour motif *sui generis* sont les suivants. Sur la forme, en reconnaissant de manière éparpillée et imprévisible des motifs *sui generis* de licenciement, le législateur portent atteinte à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. L'objet de cette étude est d'ailleurs de tenter de remettre un peu d'ordre en la matière. Sur le fond, l'émergence de motifs légaux *sui generis* s'inscrit dans une tendance contemporaine du droit du travail, celle de la libéralisation du droit du travail. Le risque en matière de licenciement pour motif *sui generis* est de voir s'abaisser, pour ne pas dire s'affaïsser, les protections issues du droit du licenciement. En effet, la consécration par le législateur d'un motif *sui generis* est souvent un moyen de contourner l'application du régime soi-disant trop contraignant du licenciement pour motif économique. Ceci explique d'ailleurs peut-être pourquoi la jurisprudence est

³⁴ Soc., 4 juillet 2012, n° 11-18.840, *Bull. civ. V*, n° 209 ; 9 juillet 2014, n° 13-11.027, inédit ; 23 novembre 2022, n° 21-12.125, publié : *BJT*, janvier 2023, p. 10, note S. RIANCHO ; *D. actualité*, 13 décembre 2022, note L. MALFETTES.

³⁵ Pour de plus amples développements sur ces qualifications, v. *infra* I/A.

³⁶ À distinguer d'une présomption de justification car si tel était le cas, ce serait alors uniquement au salarié de renverser cette présomption. « En affirmant que le licenciement "repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse", le législateur édicte une règle de fond qui est, comme telle, étrangère à toute considération d'ordre procédural et ne prive donc pas le salarié du droit de saisir le juge compétent pour qu'il se prononce sur le bien-fondé du licenciement. La règle paraît, à ce titre, être également étrangère au domaine probatoire et ne nous semble pas devoir être analysée comme emportant une "présomption" de caractère réel et sérieux du licenciement, auquel cas sa contrariété à l'article 9-3 de la Convention imposée aux États-Parties de prendre certaines mesures pour que le salarié "n'ait pas à supporter seul la charge de prouver que le licenciement n'était pas justifié" pourrait être discutée » : D. BAUGARD et L. GRATTON, « Les accords de préservation ou de développement de l'emploi : premier regard conventionnel et constitutionnel », *Dr. soc.* 2016, p. 745.

³⁷ V. *infra*. II/A.

plutôt réticente à consacrer de tels motif *sui generis*. Il ne faut pour autant pas désespérer car tout reste à (re)construire.

Plan. À l'image de notre juriste apothicaire, il s'agira de ranger le licenciement dans un tiroir étiqueté « *sui generis* » (I), pour ensuite essayer de déterminer le régime juridique applicable à ce licenciement (II).

I : La nature du licenciement pour motif *sui generis*

Selon une distinction bien connue du Professeur Jean Pélissier, la cause qualificative du licenciement se distingue de sa cause justificative³⁸. Concrètement, ce n'est que si le licenciement est qualifié de licenciement pour motif économique qu'on appliquera l'ensemble des règles relatives à ce type de licenciement. Les deux causes qualificatives classiques de licenciement correspondent mal aux hypothèses décrites ci-dessus (A), raison pour laquelle nous proposons d'ouvrir une troisième voie (B).

A : L'exclusion des qualifications classiques de licenciement

Ni motif personnel (1), ni motif économique (2).

1 : L'exclusion de la qualification de licenciement pour motif personnel

C'est la qualification la plus simple à écarter. Par contraste avec la définition légale du motif économique, le motif personnel de licenciement est celui inhérent à la personne du salarié. Selon l'article 4 de la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail sur le licenciement de 1982 (ci-après, « Convention OIT n° 158 »), le motif personnel est lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur. Concrètement, il s'agit d'un licenciement disciplinaire ou non-disciplinaire, tel que pour ce dernier le licenciement pour inaptitude ou insuffisance professionnelle.

On pourrait croire que le motif *sui generis* est inhérent à la personne du salarié. Hormis la fin de chantier ou d'opération, serait à l'origine de son licenciement la situation personnelle du salarié l'empêchant d'obtenir une autorisation administrative préalable de travailler ou son propre refus de se voir modifier son contrat de travail par un accord collectif de travail ou un transfert d'entreprise particulier. En réalité, le motif *sui generis* est par nature étranger à la personne du salarié. Tout au plus, il pourrait s'agir d'un « motif complexe »³⁹ de licenciement entremêlant un motif personnel (l'absence de détention d'un titre de séjour) et un motif non personnel (la réglementation en matière d'immigration). S'agissant du refus du salarié de se voir modifier son contrat de travail, il découle nécessairement d'un élément extérieur à la personne du salarié, en l'occurrence l'application d'un accord collectif de travail ou un transfert d'entreprise particulier.

³⁸ J. PÉLISSIER, « La cause économique du licenciement », *RJS* 8-9/92.

³⁹ « Il est certain que ce motif n'est pas absolument étranger à la personne du salarié : l'impact de l'évolution réglementaire dépendra des diplômes détenus par les uns et les autres, donc d'éléments inhérents à la personne. Mais n'y a-t-il pas là un "motif complexe" de licenciement mêlant un motif non personnel (l'évolution de la réglementation) et un motif personnel (la détention des diplômes requis) ? » : D. BAUGARD, « La qualification de motif économique », *Dr. soc.* 2009, p. 510.

« Si le motif de licenciement n'est pas personnel, c'est qu'il est économique ! », s'exclame le juriste apothicaire.

2 : L'exclusion de la qualification de licenciement pour motif économique

Par réflexe pavlovien, une fois que le juriste a décidé de ne pas ranger tel ou tel motif de licenciement dans le tiroir étiqueté « motif personnel », il se retourne vers un autre tiroir étiqueté « motif économique ». Cette qualification binaire du motif de licenciement résulte de la définition légale du licenciement pour motif économique. Pour mémoire, l'article L. 1233-3 du Code du travail dispose que « *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 quatre causes économiques]* ». Ainsi, tout ce qui n'est pas un motif inhérent à la personne du salarié serait nécessairement un licenciement pour motif économique⁴⁰. On peut comprendre que certains auteurs s'évertuent à ce que l'ensemble des licenciements pour motif non inhérent à la personne du salarié relève de la qualification du licenciement pour motif économique, et ce afin d'appliquer le régime juridique protecteur en découlant⁴¹. Cependant, il nous semble que certains motifs non inhérents de licenciement ne rentrent pas dans le « moule » défini par l'article L. 1233-3 du Code du travail.

D'abord, des éléments de qualification issus de l'article L. 1233-3 font défaut pour certains motifs non inhérents. S'agissant du licenciement résultant d'une absence d'autorisation administrative préalable, n'est pas présent l'élément matériel du licenciement pour motif économique, c'est-à-dire la suppression ou la transformation d'emploi ou la proposition de modification du contrat de travail. Ensuite et dans la mesure où certains motifs non inhérents de licenciement correspondent mal à la qualification légale du motif économique, on pourrait être tenté de les y insérer au forceps. Autrement dit, au sein de l'article L. 1233-3 du Code du travail, à côté du licenciement pour motif économique *stricto sensu*, il y aurait d'autres motifs non inhérents à la personne du salarié mais non économiques. Cette tentative nous semble inappropriée au regard de l'architecture du Code du travail. En effet, l'article L. 1233-3 est inséré dans une sous-section intitulée « Définition du motif économique » (nous soulignons). Autrement dit, l'article L. 1233-3 du Code du travail définit seulement et uniquement le motif économique. Il n'y a la place pour d'autres motifs non inhérents à la personne du salarié.

Opération de disqualification. Enfin et surtout, on ne peut pas faire abstraction de l'intention du législateur qui utilise de plus en plus une technique excluant en tout ou partie, tel ou tel motif non inhérent à la personne du salarié, de la qualification légale de motif économique.

⁴⁰ « Le motif économique est d'abord celui qui n'est pas "inhérent à la personne du travailleur", qui lui est donc extérieur ; ce qui de manière négative exclut : le motif disciplinaire, l'absence prolongée ou les absences répétées, l'âge, l'inaptitude physique ou professionnelle, etc. Si l'employeur veut procéder à des changements de personnes, ou se fonde sur la qualité du travail, le motif n'est pas d'ordre économique » : G. LYON-CAEN, J. PÉLISSIER et A. SUPLOT, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis, 1996, 18^{ème} éd., spéc. n° 427.

⁴¹ « Le souci de protection des salariés incitera donc à donner une définition large de la cause économique qualificative. En revanche, lorsqu'il s'agit de déterminer si le licenciement économique a une cause réelle et sérieuse, la protection du salarié commande d'adopter une conception restrictive de la cause économique pouvant justifier le licenciement » : J. PÉLISSIER, « La cause économique du licenciement », *RJS* 8-9/92.

Cette technique légistique qualifiable d'opération de disqualification empruntent deux voies⁴². Suivant la première, le législateur concède que le motif est économique mais précise que les licenciements en découlant sont individuels. La loi disqualifie ainsi par avance les potentiels licenciements collectifs, excluant par conséquent l'application du régime juridique des grands licenciements pour motif économique et notamment la mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE). Par exemple, l'ancien article L. 2242-23 du Code du travail relatif aux accords de mobilité interne (AMI) disposait en son alinéa 4 que « *lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent l'application à leur contrat de travail des stipulations de l'[AMI], leur licenciement repose sur un motif économique, est prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique* ». Cette opération de disqualification a été validée par le Conseil constitutionnel : il est ainsi « *loisible au législateur de déterminer les règles applicables au licenciement du salarié qui refuse l'application des stipulations de l'accord relatives à la mobilité interne* », de sorte « *qu'en soumettant ce licenciement aux règles applicables au licenciement individuel pour motif économique, il n'a méconnu aucune exigence constitutionnelle* »⁴³. En revanche, cette disqualification n'est pas sans poser problème au regard du droit de l'Union européenne et du droit international⁴⁴. Suivant la seconde voie, le législateur disqualifie sans aucune concession le motif d'économique. C'était le cas de l'ancien article L. 1222-8 du Code du travail relatif aux accords de réduction de la durée de travail selon lequel le « *licenciement ne repose pas sur un motif économique* »⁴⁵. Dans une autre formulation, l'article L. 2254-2, V précise désormais que « *le licenciement repose sur un motif spécifique* ». En définitive, le motif du licenciement n'est ni personnel, ni économique et pourtant non inhérent à la personne du salarié.

« Il ne reste plus qu'à ouvrir le tiroir étiqueté "*sui generis*" », soupire le juriste apothicaire.

B : L'émergence d'une troisième qualification de licenciement

⁴² Certains auteurs parlent même de « manipulations légales » : G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *op. cit.*, spéc. p. 662.

⁴³ Décision n° 2013-672 DC, 13 juin 2013, spéc. cons. 21. Selon les requérants de droite de l'époque, cette opération législative de disqualification en un licenciement individuel pour motif économique était soi-disant attentatoire à la liberté d'entreprendre... On voit bien ici la vision pour le moins négative que porte le législateur sur le licenciement pour motif économique.

⁴⁴ V. not. N. MOIZARD, « Les accords sur l'emploi (version ordonnances Macron) sont-ils compatibles avec la directive "licenciements collectifs" ? », *RDT* 2018, p. 128 ; L. DRIGUEZ, « Le droit français de la modification du contrat de travail pour motif économique bousculé par la CJUE (Quelques réflexions suscitées par deux arrêts du 21 sept. 2017) », *Dr. soc.* 2018, p. 356 ; D. BAUGARD et L. GRATTON, « Les accords de préservation ou de développement de l'emploi : premier regard conventionnel et constitutionnel », *Dr. soc.* 2016, p. 745.

⁴⁵ « La loi prévoit même parfois une disqualification de certains licenciements : ainsi, le licenciement consécutif au refus d'une modification du contrat de travail résultant de l'application d'un accord de réduction de la durée du travail "ne repose pas sur un motif économique". La loi écarte donc la qualification qui semblerait s'imposer naturellement, le motif de la modification du contrat étant par nature *étranger* à la personne du salarié » : D. BAUGARD, « La qualification de motif économique », *Dr. soc.* 2009, p. 510. Dans le même sens, « il s'agit d'éviter aux employeurs d'engager la procédure de licenciement collectif pour motif économique. On aura, si un certain nombre de salariés refusent de subir une réduction de leur temps de travail accompagnée de certains changements dans la répartition de ce temps, ou (et) avec réduction de leur salaire, une série de licenciements individuels pour un même motif de nature autre qu'économique » : J. PÉLISSIER, A. SUPIOT et A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis, 2006, 23^{ème} éd., spéc. n° 939.

Selon certains auteurs, il n’y aurait pas de place pour l’émergence d’un « troisième type » de licenciement⁴⁶. Pourtant, on trouve déjà trace de licenciements non inhérents à la personne du salarié en dehors du champ d’application de l’article L. 1233-3 du Code du travail. Par exemple, « *le licenciement d’un employé de maison, même s’il repose sur un motif étranger à sa personne, n’est pas soumis aux dispositions concernant les licenciements pour motif économique* »⁴⁷. Les règles de son licenciement sont en réalité régies par la convention collective de branche dont il dépend⁴⁸. Il faut ainsi se départir de la vision binaire du motif de licenciement issue de l’article L. 1233-3 du Code du travail. En effet, il existe des interstices en droit international et en droit de l’Union européenne où il est possible de reconnaître des motifs de licenciement, ni inhérents à la personne du salarié, ni économiques⁴⁹.

En droit international du travail. L’article 4 de la Convention OIT n° 158 stipule qu’«*un travailleur ne devra pas être licencié sans qu’il existe un motif valable de licenciement lié à l’aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l’entreprise, de l’établissement ou du service* ». On remarquera au passage qu’un des trois motifs de recours de l’APC est relatif aux nécessités liées au fonctionnement de l’entreprise. Si les organes de l’OIT ne se sont jamais aventurés à définir cette notion de nécessités de fonctionnement de l’entreprise⁵⁰, ce motif international de licenciement englobe certes le motif économique issu de l’article L. 1233-3 du Code français du travail, mais ne se limite pas à celui-ci⁵¹. L’article 13 de la Convention OIT n° 158 relatif à la consultation des représentants

⁴⁶ « La *summa divisio* classique du droit du licenciement écarte nécessairement toute tentation d’un licenciement dit de “troisième type” » : H. CAVAT, *op. cit.*, RDT 2022, p. 88. L’auteur renvoie à A. JEAMMAUD, « La notion de licenciement pour motifs économiques », Dr. soc. 1981, p. 267 et A. LYON-CAEN, « La procédure au cœur du droit du licenciement pour motif économique », Dr. ouv. 2022, p. 161, spéc. p. 162 selon lequel : « Aussi devrait-on écarter sans trop de peine la tentation de licenciements dits de “troisième type”, sans motif personnel ni motif économique. Si une initiative patronale met en cause un emploi ou un contrat sans considération de la personne du ou des salariés affectés, elle relève du régime des licenciements économiques ».

⁴⁷ Soc., 18 février 1998, n° 95-44.721, *Bull. civ. V*, n° 94 ; 22 mai 2001, n° 99-41.968, inédit. Précisons que l’article L. 7221-2 du Code du travail applicable aux employés à domicile par des particuliers employeurs ne vise pas les dispositions relatives au droit commun du licenciement.

⁴⁸ Soc., 8 juillet 2020, n° 17-11.131, publié : *JCP S* 2020, 3002, note Th. LAHALLE. Suite à la fusion récente des branches des particuliers employeur et de l’emploi à domicile, l’art. 161.1.1 de la CCN des particuliers employeurs et de l’emploi à domicile du 15 mars 2021 stipule que « les règles relatives au licenciement applicables au salarié du particulier employeur sont celles prévues par la présente convention collective. Ne sont donc pas applicables les règles de droit commun du licenciement, prévues par le code du travail, et notamment les règles relatives à la procédure de licenciement pour motif économique ».

⁴⁹ « Plutôt que de recourir au motif autonome de licenciement sur le modèle du transfert d’activité d’une personne privée vers une personne publique, pourrait être créé un nouveau motif de licenciement non inhérent à la personne du salarié lié aux nécessités du fonctionnement et de l’organisation de l’entreprise, ou encore aux besoins urgents de l’entreprise. Ce nouveau motif comprendrait le motif économique de licenciement issu de l’article L. 1233-3 du Code du travail et intégrerait également d’autres situations ne correspondant pas aux cas énumérés par cet article, dans lesquelles l’employeur serait en mesure de démontrer que sa décision résulte des besoins essentiels de fonctionnement et d’organisation de l’entreprise » : E. LEDERLIN et I. SAINT-LARY, « Trouble dans le licenciement », *JCP S* 2022, 1266, spéc. n° 11.

⁵⁰ *Rapport du comité chargé d’examiner la réclamation alléguant l’inexécution par la France de la convention (n° 158) sur le licenciement*, 16 février 2022, spéc. §52 et §53. Ce rapport indique de manière casuistique ce à quoi renvoie la notion de nécessités de fonctionnement de l’entreprise.

⁵¹ « L’on pourrait certes objecter que les rédacteurs de la Convention OIT n° 158 n’ont pas forcément entendu attribuer une forte “consistance justificative” à ce motif énoncé dans l’article 4, et qu’il a surtout vocation, d’une part, à donner une illustration de ce que le motif valable peut ne pas reposer sur des raisons liées à la personne du salarié et, d’autre part, à couvrir de la façon la plus large les motifs “non personnels” admissibles » : D. BAUGARD et L. GRATTON, *op. cit.*

des travailleurs en est la preuve dans la mesure où il vise les « *licenciements pour des motifs de nature économique, technologique, structurelle ou similaire* ». Aux côtés du motif économique figurent donc d'autres motifs en l'occurrence technologiques⁵², structurels ou à tout le moins analogues.

Pour revenir aux motifs de licenciement relevés dans l'introduction, le motif issu de l'absence d'une autorisation administrative préalable relèverait plutôt du motif international de nature structurelle au sens de la politique migratoire en matière de travail, tandis que la fin du chantier ou d'une opération et le refus d'un salarié de voir son contrat de travail modifié soit par un accord collectif de travail, soit par un transfert d'entreprise particulier consisterait en un motif similaire au motif économique⁵³. Il y a donc largement une place, aux côtés du motif économique, pour d'autres motifs non inhérents à la personne du travailleur au sein du motif international de licenciement fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise⁵⁴.

En droit de l'Union européenne. La directive 98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs « *entend par "licenciements collectifs" : les licenciements effectués par un employeurs pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne des travailleurs* » (art. 1^{er}, §1, a). Littéralement, il existerait donc plusieurs motifs non inhérents de licenciement. La Cour de justice interprète de manière autonome la notion de licenciement au sens de la directive. Plus précisément, cette « *notion doit être interprétée en ce sens qu'elle englobe toute cessation du contrat de travail non voulue par le travailleur, et donc sans son consentement. Elle n'exige pas que les causes sous-jacentes correspondent à la volonté de l'employeur* »⁵⁵. Dit autrement, l'absence de consentement du salarié constitue le critère principal de la notion de licenciement au sens du droit de l'Union⁵⁶. Cette absence de consentement se retrouve au sein de chacun des motifs de licenciement que nous avons relevés. Il y a donc également une place, aux côtés du motif économique, pour d'autres motifs non inhérents à la personne du travailleur au sein de la directive relative aux licenciements collectifs⁵⁷.

Après avoir pris acte de l'émergence d'un motif *sui generis* de licenciement, il s'agit d'œuvrer à la construction de son régime juridique.

II : Le régime du licenciement pour motif *sui generis*

⁵² Le droit français a rapatrié le motif technologique de licenciement au sein du motif économique à travers les mutations technologiques.

⁵³ La fin de chantier ou de l'opération ressemble à la cessation d'activité mais elle est loin d'être complète.

⁵⁴ « L'intégration dans cette catégorie des licenciements *sui generis* envisagés par les textes commentés ne semble pas soulever de difficultés. Les termes de l'article 13 sont suffisamment larges pour inclure tout motif qui n'est pas lié à la personne du salarié et est teinté d'une "coloration économique", de sorte que l'on voit mal comment les licenciements prononcés en raison du refus par des salariés de se voir appliquer les accords étudiés pourraient ne pas relever de cette catégorie » : D. BAUGARD et L. GRATTON, *op. cit.*

⁵⁵ CJCE, 12 octobre 2004, aff. C-55/02, *Commission c. Portugal*, spéc. pt. 50.

⁵⁶ S. HENNION, M. LE BARBIER, M. DEL SOL et J.-Ph. LHERNOULD, *Droit social européen et international*, PUF, 2021, 4^{ème} éd., spéc. n° 465.

⁵⁷ « Tous les licenciements prononcés pour un motif non inhérent à la personne du salarié – [...] – entrent, en revanche, dans le champ de la directive. Tel est le cas, notamment, de tous ceux décidés par suite de suppressions d'emplois ou encore de modifications des contrats de travail décidées par suite de changements affectant la nature, le rythme ou les modalités des activités conduites, mais non acceptées par les salariés » : B. TEYSSIE, *Droit européen du travail*, LexisNexis, 2019, 6^{ème} éd., spéc. n° 909.

Recours au juge. La première question qui se pose est de savoir si le juge peut contrôler un licenciement *sui generis* dont la cause est préconstituée. En réalité, cette question n'en est pas une. En effet, le Conseil constitutionnel a lui-même décidé que « *le fait que la loi ait réputé le licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse n'interdit pas au salarié de contester ce licenciement devant le juge* »⁵⁸. En outre, la Convention OIT n° 158 impose dans tous les cas un contrôle par le juge de la justification des licenciements⁵⁹. La véritable question porte plutôt sur l'étendue de ce contrôle judiciaire. Seront ainsi distingués le contrôle de la cause du licenciement pour motif *sui generis* (A) et celui de l'application du reste de son régime juridique (B).

A : La cause du licenciement *sui generis*

L'étage supérieur. Plusieurs types de contrôle des licenciements pour motif *sui generis* peuvent être distingués parmi lesquels figurent, à l'« étage supérieur », les droits et les libertés fondamentales. Concrètement, la cause prédéterminée du licenciement peut être défaite à partir du moment où le licenciement *sui generis* contrevient aux régimes protecteurs de licenciement sanctionnés par la nullité tels que la grossesse, la grève, la discrimination⁶⁰, le harcèlement ou la santé au travail⁶¹. La Cour de cassation a d'ailleurs précisé que « *un tel refus [de se voir appliquer un accord de mobilité interne] ne caractérise pas, par lui-même, l'impossibilité dans laquelle se trouve l'employeur de maintenir le contrat de travail d'une salariée enceinte pour un motif étranger à la grossesse ou à l'accouchement* »⁶². Autrement dit, l'irrespect des règles du licenciement protectrice de la salariée enceinte peuvent faire tomber la cause préconstituée du licenciement *sui generis*.

Avant de passer à l'« étage inférieur » du contrôle de la cause du licenciement pour motif *sui generis*, il est nécessaire au préalable de distinguer le motif *sui generis* de la cause autonome de licenciement⁶³.

⁵⁸ Décision n° 2018-761 DC, 21 mars 2018, spéc. cons. 28.

⁵⁹ Pour mémoire, l'article 8§1 stipule qu'« *un travailleur qui estime avoir fait l'objet d'une mesure de licenciement injustifiée aura le droit de recourir contre cette mesure devant un organisme impartial tel qu'un tribunal, un tribunal du travail, une commission d'arbitrage ou un arbitre* » et l'article 9§3 prévoit qu'« *en cas de licenciement motivé par les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service, les organismes mentionnés à l'article 8 de la présente convention devront être habilités à déterminer si le licenciement est intervenu véritablement pour ces motifs* ».

⁶⁰ « *Si les dispositions du même article prévoient que ce licenciement repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse, elles ne font pas obstacle à ce que le salarié le conteste devant le juge, afin, d'une part, [...] et que, d'autre part, dans l'hypothèse où seuls certains des salariés ayant refusé la modification de leur contrat de travail seraient licenciés, il exige de l'employeur, sans que celui-ci ne soit pour autant tenu de justifier d'un ordre des licenciements ni de se fonder sur tout ou partie des critères prévus à cette fin par la loi, de fournir les éléments nécessaires pour contrôler le caractère objectif des raisons l'ayant conduit à procéder au licenciement contesté et pour vérifier qu'il n'est pas fondé sur des motifs discriminatoires tels que ceux cités à l'article 5 de la convention internationale du travail n° 158* » : CE, 1^{ère} et 6^{ème} ch., 7 décembre 2017, n° 408379, spéc. cons. 15.

⁶¹ Sur la contestation d'un APC sur le fondement de l'obligation de sécurité, v. not. I. MEFTAH, « L'accord de performance collective », *RJS* ??/20, spéc. n° 41 et 42.

⁶² Soc., 4 mars 2020, n° 18-19.189, publié.

⁶³ Lorsque la Cour de cassation utilise les termes de « motif de licenciement autonome » (v. note de bas de p. n° 28), il s'agit bien d'un motif *sui generis* de licenciement, « autonome » des licenciements pour motif personnel et pour motif économique.

Motif *sui generis* vs. cause autonome. La cause autonome de licenciement existe en matière de cessation d'activité, au sein de laquelle s'il y a bien un contrôle matériel de la cessation d'activité (celle-ci doit être complète et définitive), il n'y a en revanche aucun contrôle s'agissant de l'origine de la cessation d'activité, sauf faute de l'employeur⁶⁴. Dans cette hypothèse, le juge n'a pas en principe à contrôler la « cause de la cause » économique. S'agissant du licenciement pour motif *sui generis*, le contrôle judiciaire peut quant à lui remonter jusqu'à la cause de l'acte ou du fait juridique préconstituant la justification du licenciement. On se situe ici à l'« étage inférieur » du contrôle de la cause du licenciement *sui generis* car il n'est pas question de droit ou de liberté fondamentale.

L'étage inférieur. Le contrôle judiciaire de la cause du licenciement *sui generis* se déplace ainsi de la rupture du contrat de travail vers le fait ou l'acte juridique dont elle provient. Autrement dit, la prédétermination de la cause du licenciement *sui generis* pourra être défaite si le refus d'autorisation administrative est illégal⁶⁵, si « *les conditions tenant à l'existence de contrats de chantier et à leur fin [ne sont pas] réunies* »⁶⁶, si le transfert d'une entité économique entre une personne de droit public et une personne de droit privée n'est pas caractérisée, ou encore si l'accord collectif de travail est invalide⁶⁷.

S'agissant du licenciement découlant du refus de se voir appliquer un APC, le Conseil constitutionnel a décidé que le salarié peut contester devant juge « *la pertinence des motifs ayant justifié l'accord* » et « *les conditions prévues aux paragraphes III à V de l'article L. 2254-2 du code du travail [relatives aux conditions du refus de se voir appliquer un tel accord collectif]* »⁶⁸. En outre, l'OIT exhorte le juge national à exercer un « *véritable contrôle*

⁶⁴ V. not. Soc., 6 avril 2022, n° 20-19.304, inédit.

⁶⁵ « La dépossession de compétence subie par le juge judiciaire est, en l'espèce, d'une nature particulière puisqu'elle consiste à soumettre la compétence des juridictions sociales en matière d'appréciation de la pertinence d'une cause de licenciement à une décision préalable du juge administratif » : O. CAHN, « Licenciement en raison d'une incompatibilité pour motif de sécurité : le juge judiciaire soumis au juge administratif », *RDT* 2020, p. 52.

⁶⁶ Soc., 16 novembre 2005, n° 04-44.743, inédit. « La référence contractuelle à la fin de chantier ne justifiait donc pas, à elle seule, le licenciement. Le contrat devait avoir défini de façon suffisamment précise le ou les chantiers auxquels était affecté le salarié et les tâches pour lesquelles celui-ci avait été embauché devaient être effectivement terminées, ce qui permettait de vérifier que le licenciement ne reposait pas sur un autre motif, notamment économique. Ce contrôle devrait demeurer, et ce n'est donc pas forcément la fin du *chantier* ou de *l'opération* qui peut justifier le licenciement, comme l'énonce l'article L. 1236-8, celui-ci pouvant reposer sur *l'achèvement des tâches* » : D. BAUGARD, « Le développement de la précarité subordonnée à la négociation collective : CDD, contrat de mission et "contrat de chantier" », *Dr. ouv.* 2018, p. 1, spéc. p. 15.

⁶⁷ « La chambre sociale repositionne son contrôle dans le cadre de la nouvelle philosophie du rapport entre loi, accords collectifs, et actes individuels. Avant 2013, la jurisprudence se serait préoccupée de la régularité des licenciements examinés individuellement dans le cadre juridique du licenciement. Avec l'intervention du législateur, la chambre sociale prend acte qu'un accord collectif peut rendre par principe réguliers les licenciements ultérieurement prononcés en raison d'un refus des mesures prévues par l'accord. Dès lors, les licenciements sont réputés reposer sur un motif économique de licenciement, comme le prévoit le texte sur les accords de mobilité. En revanche, le contrôle remonte en amont pour vérifier que l'accord collectif à la source de ces licenciements réponds aux conditions légales nécessaires à sa validité, en l'espèce l'obligation pour l'accord de s'inscrire dans le cadre des nécessités de fonctionnement de l'entreprise, notion qui renvoie, [...], aux exigences de l'OIT » : L. PÉCAUT-RIVOLIER, « Le juge et le dialogue social », in *Le dialogue social. L'avènement d'un modèle ?*, dir. F. GÉA et A. STÉVENOT, Bruylant, 2021, p. 271, spéc. p. 279.

⁶⁸ Décision n° 2018-761 DC, 21 mars 2018, spéc. cons. 28.

judiciaire » des APC⁶⁹. La difficulté reste à identifier la marge de manœuvre dont dispose le juge pour contrôler l'accord collectif à l'origine du licenciement pour motif *sui generis*. Plusieurs degrés du contrôle judiciaire peuvent être distingués.

A minima, le juge exercera un contrôle de conformité de l'APC au regard de l'article L. 2254-2 du Code du travail. Ce contrôle de légalité ne se réduit pas à un contrôle formel. Il s'agit certes pour le juge de vérifier que les stipulations de l'accord collectif sont conformes aux prescriptions légales⁷⁰. Par exemple, un accord collectif se faisant passer pour un APC afin de bénéficier de son régime juridique s'expose à la nullité de ses clauses non-conformes⁷¹. Mais il s'agit également de vérifier le respect des procédures prévues à l'article L. 2254-2 comme celles relatives au refus du salarié de se voir appliquer l'APC (IV) ou celles relatives à son licenciement (V). En outre, le licenciement devant découler du refus de se voir appliquer un accord collectif, la lettre de licenciement devra sûrement mentionner cet accord⁷².

Il existe ensuite un contrôle, non pas du contenu de l'APC, mais de la négociation de celui-ci. À ce contrôle ne peut pas être opposée la liberté conventionnelle dont dispose les acteurs sociaux car cette liberté ne concerne que le contenu de l'accord collectif⁷³. Ce contrôle n'est pas négligeable car si l'on y retrouve les conditions classiques de la négociation collective (représentativité, accord majoritaire, etc), y figure également l'obligation de loyauté qui se révèle très prometteuse en la matière⁷⁴.

A maxima, le juge exercera un contrôle un peu plus poussé de l'accord collectif préconstituant la cause de licenciement *sui generis*. D'abord, le contrôle formel de l'APC doit être complété par un contrôle de l'exactitude matérielle des faits invoqués par l'accord collectif. Concrètement, si le motif de recours de l'APC est lié aux nécessités de fonctionnement de l'entreprise, le juge se doit de vérifier que de telles nécessités existent. La Cour de cassation a d'ailleurs décidé que « *la cour d'appel, devant laquelle il n'était pas soutenu que l'accord de mobilité interne n'était pas justifié par les nécessités de l'entreprise, a exactement décidé que*

⁶⁹ « Le comité considère que, au-delà de l'affirmation expresse par l'article L. 2254-2 du caractère réel et sérieux du licenciement basé sur le refus du salarié de la modification de son contrat de travail consécutive à la signature d'un accord collective de performance, le juge doit pouvoir continuer à procéder à un véritable contrôle judiciaire. Le comité considère en effet que le texte de l'article L. 2254-2 ne fait que rappeler l'exigence selon laquelle tout licenciement doit reposer sur une cause réelle et sérieuse. Il appartient au juge dans le cadre des procédures judiciaires relatives au licenciement fondé sur l'article L. 2254-2 de déterminer s'il existe ou non un motif valable au sens de l'article 4 de la convention, à savoir si le motif du licenciement est fondé sur "les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service" » : *Rapport du comité chargé d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par la France de la convention (n° 158) sur le licenciement*, 16 février 2022, spéc. §58.

⁷⁰ « *En vertu des dispositions combinées des articles 28-I et 30-II de la même loi [du 19 janvier 2000], ce texte est applicable à tout licenciement résultant d'un accord de réduction du temps de travail, que celui-ci ait été conclu en application de la loi du 19 janvier 2000, à condition que les stipulations de l'accord soient conformes aux dispositions de cette dernière* » : Soc., 15 mars 2006, n° 03-48.027, *Bull. civ. V*, n° 107 : RDT 2006, p. 96, note M. VÉRICEL.

⁷¹ Soc., 16 février 2022, n° 20-17.644, publié : *BJT*, avril 2022, p. 18, note Ch. MARIANO. En l'espèce, les clauses indivisibles d'un accord GPEC prétendant avoir les effets d'un APC ont été annulées.

⁷² Soc., 15 mars 2006, n° 04-40.504, *Bull. civ. V*, n° 107 : RDT 2006, p. 96, note M. VÉRICEL.

⁷³ V. dernièrement Soc., 1^{er} février 2023, n° 21-15.371, publié.

⁷⁴ G. MEYER, « L'exigence de loyauté dans la négociation des accords de performances collectives », *SSL* 2020, n° 1918, p. 9. *Adde* P. VIGNAL, « La loyauté dans la négociation collective, un horizon incertain », *Dr. ouv.* 2022, p. 521.

le motif économique du licenciement était vainement discuté sur le fondement des dispositions de l'article L. 1233-3 du Code du travail »⁷⁵. Par conséquent, si l'AMI avait été contesté en raison de l'absence de telles nécessités, les juges du fond auraient dû en contrôler la réalité⁷⁶. Ensuite, ce contrôle de matérialité pourrait se doubler d'un contrôle de pertinence – pour reprendre les termes du Conseil constitutionnel – consistant à vérifier le lien entre le motif de recours de l'APC et les propositions de modification du contrat de travail ou les emplois sauvegardés⁷⁷. Ce contrôle pourrait s'étendre à un contrôle d'adéquation ou de proportionnalité⁷⁸. Un tel contrôle avait certes été condamné par la jurisprudence SAT⁷⁹, mais un des intérêts du licenciement *sui generis* est de pouvoir se départir de cette jurisprudence exclusivement applicable aux licenciements pour motif économique.

Une fois la cause justificative du licenciement pour motif *sui generis* étudiée, il reste à identifier l'ensemble du reste de son régime juridique.

B : Le régime juridique en dehors de la cause justificative

Le reste du régime juridique du licenciement pour motif *sui generis* est souvent assimilé partiellement aux régimes classiques de licenciement (1). Mais rien n'empêche l'ensemble des acteurs sociaux de se défaire de ces modèles et de faire œuvre d'innovation (2).

1 : L'assimilation partielle aux régimes classiques de licenciement

La technique d'assimilation. Un peu à l'image du régime juridique des gérants de succursale⁸⁰, le législateur déclare applicables aux licenciements pour motif *sui generis* exclusivement certaines règles issues des licenciements pour motif économique ou personnel sans pour autant que ceux-ci en acquièrent la qualification. Le législateur a pu renvoyer par moment au

⁷⁵ Soc., 2 décembre 2020, n° 19-11.986, publié : *FRS* 1/21, p. 12 ; *BJT*, janvier 2021, p. 23, note J. ICARD ; *RDT* 2020, p. 119, note M. KOCHER ; *Lexbase hebdo éd. sociale*, n° 851, 21 janvier 2021, note S. RANC.

⁷⁶ « La chambre sociale juge que le caractère réel et sérieux du licenciement faisant suite à un refus du salarié d'application à son contrat de travail des stipulations de l'accord de mobilité interne suppose que l'accord de mobilité interne soit justifié par l'existence des nécessités de fonctionnement de l'entreprise, ce qu'il appartient au juge d'apprécier » : *Panorama de jurisprudence de la chambre sociale. Année 2020*, Service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation, 31 janvier 2021, spéc. n° 2.4.4.

⁷⁷ « La décision du Conseil constitutionnel évoque un contrôle de "pertinence". Respectueux de la volonté des parties, ce type de contrôle permettrait de garantir la cohérence interne du dispositif échafaudé par les parties en vérifiant non seulement que les motifs invoqués sont réels, mais aussi que les instruments employés pour y parvenir sont conformes à la finalité recherchée. Ce qui revient d'une certaine manière à contrôler la pertinence entre les éléments invoqués à l'appui d'une telle négociation et les instruments mis en œuvre » : I. MEFTAH, *op. cit.*, spéc. n° 30.

⁷⁸ « Contrôler le motif, a fortiori un cas de recours, implique nécessairement de contrôler sa *réalité*, c'est-à-dire son existence réelle et matériellement vérifiable, mais également sa *pertinence* : [...], le tribunal devra être habilité à déterminer si le licenciement est intervenu véritablement pour ces motifs, et non pour d'autres raisons qui pourraient s'avérer contraires à la convention. [...]. Enfin, étant donné que le cas de recours ou motif prend la forme d'une finalité, le contrôle des mesures contenues dans l'accord s'impose afin de s'assurer de leur *adéquation* et de leur *proportionnalité* au regard de la finalité annoncée » : H. CAVAT, « Rappel à l'ordre de l'OIT : pour un "véritable contrôle judiciaire" des accords de performance collective et des licenciements subséquents », *RDT* 2022, p. 300.

⁷⁹ Ass. plén., 8 décembre 2000, n° 97-44.219, *Bull. A. P.*, n° 11 : *GADT*, spéc. n° 115.

⁸⁰ C. trav., art. L. 7321-1.

régime juridique du licenciement individuel pour motif économique avant de s'en détourner totalement.

L'éviction du licenciement pour motif économique. L'évolution du régime juridique applicable à l'APC est un bon exemple de la perte d'attractivité du licenciement pour motif économique⁸¹. À l'origine, l'accord de maintien de l'emploi (AMI) et l'accord d'entreprise en vue de la préservation ou du développement de l'emploi (APDE) renvoyaient pour partie aux règles issues du licenciement individuel pour motif économique⁸², excluant par conséquent les règles applicables aux licenciements collectifs et notamment la mise en œuvre d'un PSE. Lors de la création des APC, le législateur est allé encore plus loin dans la mesure où il a exclu intégralement le régime du licenciement économique⁸³. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs validé l'exclusion de l'application de l'obligation de reclassement⁸⁴. En réalité, la perte d'attractivité du licenciement pour motif économique remonte à beaucoup plus loin que 2017.

L'attraction résiduelle du licenciement pour motif personnel. La loi n° 86-1320 du 30 décembre 1986 avait déjà écarté l'application du régime du licenciement pour motif économique aux ruptures du contrat de chantier⁸⁵. En outre, le licenciement découlant du refus résultant de l'application d'un accord de réduction de la durée du travail était « *soumis aux dispositions relatives à la rupture du contrat de travail pour motif personnel* »⁸⁶. Alors qu'autrefois le législateur renvoyait à l'intégralité du régime du licenciement pour motif personnel, c'est désormais uniquement certaines de ses dispositions qui sont applicables aux licenciements pour motif *sui generis* abaissant ainsi le seuil de protection. La plupart du temps, sont visées les dispositions relatives à l'entretien préalable⁸⁷, à la notification du licenciement⁸⁸, au conseiller du salarié⁸⁹, au préavis et à l'indemnité compensatrice de préavis⁹⁰, à l'indemnité légale de licenciement⁹¹, et à la remise des documents de fin de contrat⁹². Ces garanties s'amenuisent malheureusement de plus en plus en fonction des

⁸¹ « Des règles apparaissent visant à soustraire certains de réorganisation au droit du licenciement pour motif économique voire, plus avant, à penser un régime autonome de la restructuration. [...]. Et l'on voit se développer un droit des restructurations négociées, qui permet d'élargir la palette des instruments juridiques dont dispose une entreprise pour mener à bien une restructuration. Ces dispositifs incluent ou portent en germe des ruptures du contrat de travail mais les règles du licenciement pour motif économique sont écartées » : E. PESKINE et C. WOLMARK, *Droit du travail*, Dalloz, coll. HyperCours 2021, spéc. n° 803.

⁸² C. trav., respectivement anc. art. L. 2242-23, al. 4 et L. 2254-2, II, al. 2.

⁸³ « C'est bien le régime du licenciement pour motif économique que l'on veut éviter : *exit* la consultation des IRP en cas de licenciement collectif, l'obligation de reclassement, l'établissement d'un PSE, la priorité de réembauche, etc. » : A. FABRE, « Que reste-t-il du droit du licenciement pour motif économique ? », *SSL* 2017, n° 1784, p. 3, spéc. p. 6.

⁸⁴ « *En prévoyant l'exclusion du bénéfice de l'obligation de reclassement, dont la mise en œuvre peut impliquer une modification du contrat de travail de l'intéressé identique à celle qu'il a refusé, le législateur a tenu compte des difficultés qu'une telle obligation serait susceptible de présenter* » : Décision n° 2017-665 QPC, 20 octobre 2017, spéc. cons. n° 11.

⁸⁵ C. trav., anc. art. L. 312-12.

⁸⁶ C. trav., anc. art. L. 1222-8.

⁸⁷ C. trav., arts. L. 1232-2 à L. 1232-5.

⁸⁸ C. trav., art. L. 1232-6.

⁸⁹ C. trav., arts. L. 1232-7 à L. 1232-14.

⁹⁰ C. trav., arts. L. 1234-1 à L. 1234-8.

⁹¹ C. trav., arts. L. 1234-9 à L. 1234-11.

⁹² C. trav., arts. L. 1234-18 à L. 1234-20.

licenciements *sui generis* dont il est question. Dans l'hypothèse d'un licenciement faisant suite au refus du salarié de se voir transférer son contrat de travail dans le cadre d'un changement d'attributaire d'un contrat de service public à la SNCF, l'indemnité légale de licenciement a été remplacée par une indemnité différentielle dont le montant peut être inférieur⁹³. Parfois même, aucune procédure de licenciement n'est prévue⁹⁴. Il ne faudrait pas que les quelques protections issues des licenciements *sui generis* s'affaiblissent encore plus.

2 : Le régime juridique *sui generis*

L'ensemble des acteurs sociaux pourraient participer au renforcement des garanties accordées au titre des licenciements *sui generis*. Le législateur a prévu quelques garanties qui se démarquent des régimes classiques de licenciement. Par exemple, si l'APC ne prévoit pas les modalités d'accompagnement des salariés ainsi que l'abondement du compte personnel de formation (CPF), l'employeur est obligé d'abonder le CPF du salarié licencié à hauteur de 3.000 euros. C'est bien peu... C'est la raison pour laquelle certaines clauses pourraient ainsi être rendues obligatoires⁹⁵. Pour autant, il ne faut pas tout attendre du législateur ou du juge. Il faut également inciter les négociateurs et leurs conseils à renforcer les garanties conventionnelles⁹⁶.

« Ai-je bien eu raison de créer un tiroir intitulé "licenciement pour motif *sui generis*" ? », se demande encore le juriste apothicaire... Tout dépendra de la réception de cette notion qui, rappelons-le, n'est pas une ode à la libéralisation du droit du travail mais a plutôt vocation à mettre en exergue l'émergence d'un nouveau motif de licenciement afin de tenter d'en proposer un régime protecteur qui, nous en convenons, reste à parfaire.

Sébastien Ranc
Maître de conférences à l'Université de Toulouse Capitole

⁹³ C. transp., art. L. 3111-16-5, IV.

⁹⁴ « La rédaction est ambiguë et en tout cas donc très dissuasive en créant une forme de rupture du contrat de travail inconnue jusque-là en droit du travail "la rupture de plein droit" en cas de refus du contrat proposé. La rupture est automatique, sans motif, sans procédure (il n'est pas sûr qu'elle soit conforme à la convention 158 de l'OIT). Tout au plus semble-t-il le salarié et non "l'agent" pourra prétendre au préavis et à l'indemnité de licenciement. C'est peu » : M. MORAND, « Le transfert des contrats de travail en cas de reprise d'activité », in *Le droit public du travail*, Lextenso, éd. L'Épitoge, 2015, p. 143.

⁹⁵ « Trois clauses devraient systématiquement, selon nous, être insérées dans un APC : une clause de retour à meilleure fortune (si l'entreprise va mieux une fois la crise passée, on revient à la situation antérieure à la conclusion de l'accord), un engagement de maintien de l'emploi pour une durée fixée dans l'accord ; une clause obligeant à des efforts proportionnés des dirigeants et des actionnaires par rapport à ceux imposés aux salariés » : P. LOKIEC, « L'accord de performance collective ou le champ infini des possible », *SSL* 2020, n° 1918, p. 3, spéc. p. 6.

⁹⁶ « Rien n'empêche bien entendu les partenaires sociaux d'enrichir l'accompagnement des salariés licenciés par des mesures d'employabilité (aide à la création d'entreprise ; recours à un cabinet d'outplacement, formation, etc.) et une indemnisation complémentaire » : P. LOKIEC, *op. cit.*, spéc. p. 4.