

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



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

Premières précisions relatives aux indicateurs économiques issus de la loi Travail

Sébastien Ranc

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

Mémo historique. Qui a peur du « grand méchant juge » en matière de licenciement pour motif économique ? Sûrement le législateur ! La codification du licenciement pour motif économique remonte à la loi n° 89-549 du 2 août 1989. C'était la « belle époque » de l'ancien article L. 321-1 du Code du travail et les premières années de l'article L. 1233-3. Ces dispositions étaient alors seulement composées de deux alinéas (la version en vigueur de l'article L. 1233-3 a plus que quintuplée). Seules les difficultés économiques et les mutations économiques étaient visées. La liste des causes économiques étant ouverte (« notamment »), la jurisprudence avait découvert la réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise (Soc., 5 avril 1995, n° 93-42.690, *Bull. civ. V*, n° 123, *Thomson*) et la cessation d'activité (Soc., 16 avril 2001, n° 98-44.647, *Bull. civ. V*, n° 10 ; *Morvant*). Le régime juridique de chacune de ces quatre causes économiques était exclusivement jurisprudentiel.

Le législateur a ensuite cherché à reprendre la main sur le droit du licenciement pour motif économique. Il a d'abord tenté d'en gauchiser le régime en retirant au juge la possibilité de créer de nouvelles causes économiques (suppression de l'adverbe « notamment »), en supprimant la cessation d'activité, en exigeant que la sauvegarde de l'activité de l'entreprise soit « indispensable » et non plus « nécessaire » et enfin en précisant que les difficultés économiques devaient être sérieuses et ne pouvaient pas être surmontées par tout autre moyen (loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale). C'est la combinaison de l'ensemble de ces modifications qui a conduit à la censure du Conseil constitutionnel car elle portait une atteinte manifestement excessive à la liberté d'entreprendre au regard de l'objectif poursuivi du maintien de l'emploi (Décision n° 2001-455 DC, 12 janvier 2002 ; *adde* P. LOCKIEC, « Le motif économique malmené dans le projet de loi Travail », *SSL* 2016, p. 4).

Sûrement traumatisé par la censure constitutionnelle, il a fallu attendre la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, dite « loi *Travail* », pour que le législateur remette l'ouvrage sur le métier. Cette loi *Travail* a libéralisé le droit du licenciement pour motif économique en codifiant les deux causes économiques découvertes par la jurisprudence (sauvegarde de la compétitivité et cessation d'activité) et en instituant des indicateurs économiques pour caractériser les difficultés économiques. Précisons que l'entrée en vigueur de la loi *Travail* a été décalée au 1^{er} décembre 2016 en matière de licenciement économique (art. 67, II), certainement pour laisser le temps aux entreprises de se familiariser avec la nouvelle définition des difficultés économiques. Les ordonnances *Macron* (ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 ; ordonnance n° 2017-1718 du 20 décembre 2017 ; loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 de ratification des ordonnances) ont également modifié plus ou moins à la marge le droit du licenciement pour motif économique. En raison de l'application de la loi dans le temps, elles sont exclues de l'analyse.

Parties émergée/immergée de la réforme. Selon le législateur, la réforme vise notamment à sécuriser les entreprises, accessoirement les salariés, confrontés à l'incertitude du droit du licenciement pour motif économique et peut être un peu plus particulièrement vis-à-vis des

difficultés économiques (Sur le sacro-saint principe de sécurité juridique, v. not. l'intervention audiovisuelle du Professeur Antoine JEAMMAUD : <https://www.youtube.com/watch?v=vlJxyOfZswl>). Derrière ce marketing législatif se cache en réalité une tentative de restriction du pouvoir d'appréciation du juge notamment avec l'instauration d'indicateurs économiques. Cette éviction du juge est évidemment à mettre en lien avec le barème *Macron*. Dans un arrêt du 1^{er} juin 2022 (n° 20-19.957 : *La Sociale le Mag'*, n°8, juin 2022 [podcast] ; *RDT* 2022, p. 384, note F. GÉA ; *D. actualités*, 15 juin 2022, note L. MALFETTES), la Cour de cassation apporte pour la première fois des indications sur la mise en œuvre des indicateurs économiques. Alors qu'il nous semblait que le législateur avait laissé quelques marges de manœuvre au juge, si minimes soient-elles, en matière d'appréciation des difficultés économiques, la Haute juridiction semble avoir d'abdiqué tout pouvoir d'appréciation.

L'espèce. Une salariée a été engagée le 6 décembre 1982 en qualité d'ouvrière en confection. Elle occupait en dernier lieu le poste d'assistante au développement produit au sein d'une entreprise de plus de 300 salariés. Le 16 juin 2017, elle a été convoquée à un entretien préalable à un éventuel licenciement économique. Le contrat de travail a été rompu, le 14 juillet 2017, à l'issue d'un délai de réflexion dont elle disposait après son adhésion au contrat de sécurisation professionnelle, le motif économique de la rupture lui ayant été notifié par lettre le 5 juillet 2017. Contestant le bien-fondé de cette rupture, la salariée a saisi la juridiction prud'homale. Les juges du fond ont certes condamné l'employeur à payer à la salariée des dommages-intérêts en raison de la violation des critères d'ordre des licenciements mais ils ont considéré que le licenciement était fondé sur un motif économique réel et sérieux (CA Poitiers, 25 juin 2020, n° 19/00874). L'employeur a formé un pourvoi principal contestant l'appréciation par les juges du fond des critères d'ordre des licenciements. La salariée défenderesse à la cassation a quant à elle formé un pourvoi incident relatif aux difficultés économiques. Il faut bien ici bien distinguer la justification du licenciement (causes matérielle et économique) de son application (not. critères d'ordre des licenciements). Dans l'arrêt du 1^{er} juin 2022 (n° 20-19.957), la Cour de cassation casse et annule l'arrêt rendu par les juges du fond pour violation de la loi et plus précisément pour avoir mal caractérisé les difficultés économiques. La Haute juridiction s'étant prononcée sur le pourvoi incident, le pourvoi principal devient sans objet. L'affaire et les parties sont renvoyées devant une autre cour d'appel. Cet arrêt apporte trois précisions.

Le moment « t » pour apprécier les difficultés économiques. Pour mémoire, l'article L. 1233-3 du Code du travail dispose désormais que les difficultés économiques sont « caractérisées soit par l'évolution significative d'au moins un indicateur économique tel qu'une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires (CA), des pertes d'exploitation ou une dégradation de la trésorerie ou de l'excédent brut d'exploitation, soit par tout autre élément de nature à justifier de ces difficultés ». La liste des indicateurs économiques est par conséquent non limitative. Pour tenter d'objectiver encore un peu plus l'appréciation des difficultés économiques, le législateur a également introduit des périodes de référence au cours desquelles doit être caractérisée la baisse des commandes ou du CA en fonction de l'effectif de l'entreprise. Dans une entreprise de plus de 300 salariés, « une baisse significative des commandes ou du CA est constituée dès lors que la durée de cette baisse est, en comparaison avec la même période de l'année précédente, au moins égale à quatre trimestres consécutifs ».

Au visa de l'article L. 1233-3, 1° du Code du travail, dans sa rédaction issue de la loi *Travail*, et après avoir rappelé sa propre jurisprudence constante selon laquelle le juge doit se placer à la date du licenciement pour apprécier le motif de celui-ci (Soc., 21 novembre 1990, n° 87-44.940, *Bull. civ. V*, n° 574 ; 26 février 1992, n° 90-41.247, *Bull. civ. V*, n° 130), la Cour de cassation en déduit que « la durée d'une baisse significative des commandes ou du CA, telles que définies à l'article [susvisé], s'apprécie en comparant le niveau des commandes ou du CA au cours de la période contemporaine de la notification de la rupture du contrat de travail par rapport à celui de l'année précédente à la même période ». C'est donc à la date de notification du licenciement, le 5 juillet 2017 en l'espèce, qu'il faut se placer pour apprécier le nombre de trimestres à la baisse. Les juges du fond s'étaient quant à eux situés antérieurement à la notification individuelle, plus précisément à la date de déclenchement de la procédure de licenciement économique collectif engagée au second trimestre 2017 (avril à juin). Si la solution retenue par la Cour de cassation présente l'avantage de la simplicité, elle contient également l'inconvénient de ne pas tenir compte de l'évolution de la situation économique de l'entreprise entre la procédure de consultation du CSE en matière de projet de licenciement collectif (C. trav., art. L. 1233-30) et la notification du licenciement (A. STOCKI, « Difficultés économiques : sur quelle période s'apprécie le critère de la baisse du chiffre d'affaires ? », *LSQ*, 20 juin 2022).

Trimestres glissants. Après avoir déterminé le point de départ pour apprécier les difficultés économiques, encore fallait-il préciser les périodes de référence à comparer. Les juges du fond n'ont pas voulu tenir compte des données comptables relatives au CA du début de l'année de 2017. Ils se sont donc exclusivement référés aux quatre trimestres de l'année 2016 dont l'exercice comptable avait été clôturé. L'on comprend pourquoi : en 2016, le CA était en net recul de 22.835 millions d'euros par rapport à 2015 lié à l'arrêt de la commercialisation de la marque *Burberry* ; tandis que le premier trimestre de 2017 affichait une légère hausse de 0,50 % par rapport au premier trimestre 2016 mais qui restait très en deçà du CA du premier trimestre de 2015. Pour écarter la légère hausse du début de 2017 et rendre indiscutable l'existence de difficultés économiques, les juges du fond se sont exclusivement fondés sur des trimestres comptables clôturés. Ce n'est pas le raisonnement retenu par la Cour de cassation qui considère que les périodes de baisse du CA (ou des commandes) doivent s'apprécier au fil de l'eau, encore une fois à partir de la date de la notification du licenciement. On parle également de « trimestres glissants ». En l'espèce, il fallait comparer les CA des quatre trimestres à partir du 5 juillet 2017 par rapport à l'année n-1.

Appréciation mécanique. Le dernier enseignement de cet arrêt est que la comparaison entre les périodes de référence est automatique. À partir du moment où le CA repart à la hausse, même de manière infime, pendant toute la période de référence par rapport à l'année n-1, la caractérisation des difficultés économiques est exclue. Ce qui était le cas en l'espèce dans la mesure où même si le CA entre 2015 et 2016 a dégringolé (-22.835 millions d'euros), le CA du trimestre de 2017 a augmenté de 0,5%... Si cette solution est aujourd'hui favorable à la salariée, elle le sera demain pour les entreprises car réciproquement, une baisse du CA, si minime soit-elle, pendant toute la période de référence par rapport à l'année n-1, caractérisera automatiquement des difficultés économiques. Pour démontrer une telle baisse, il suffira aux entreprises de s'adosser sur la crise sanitaire et économique (J. ICARD, « Le licenciement pour motif économique et la crise sanitaire », *Dr. soc.* 2020, p. 602).

On regrettera une telle automaticité qui met à mal la jurisprudence antérieure selon laquelle le juge peut tenir compte de faits postérieurs à la notification pour l'éclairer et l'amener à déterminer les vrais motifs du licenciement (Soc., 26 mars 2002, n° 00-40.898, *Bull. civ. V*, n° 106 ; 13 mai 1997, n° 94-42.539, inédit ; 3 décembre 2014, n° 13-19.707, inédit), d'autant que des auteurs avaient tenté de démontrer que lors des débats parlementaires, le législateur avait intentionnellement laissé quelques marges de manœuvre au juge pour apprécier les difficultés économiques. Ces marges de manœuvre découlaient de l'emploi du terme « significatif » à l'article L. 1233-3 du Code du travail, lequel évoque une « évolution *significative* d'au moins un indicateur économique » et « une baisse *significative* des commandes ou du CA » (Y. TARASEWICZ et E. COULOMBEL, « La définition du motif économique de licenciement : un guide plutôt qu'une contrainte », *RDT* 2016, p. 662). Il appartiendra à la Cour de cassation d'apporter de nouvelles précisions quant à la mise en œuvre des indicateurs économiques issus de la loi *Travail*.

Clause contractuelle de médiation préalable et (non) obligatoire à la saisine du CPH
Soc., avis, 14 juin 2022, n° 22-70.004, FS-B

Médiation en droit du travail. Les modes alternatifs de règlements des litiges (MARL) ont le vent en poupe en droit. Toutefois, ils restent relativement encadrés en droit du travail (G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 2022, 35^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, spéc. n° 102), comme l'illustre l'avis rendu par la Cour de cassation le 14 juin 2022 (n° 22-70.004) relatif à une clause de médiation insérée dans un contrat de travail.

Dans l'objectif de limiter le nombre d'affaires portées devant les conseils de prud'hommes, la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 avait généralisé le recours à la médiation conventionnelle en abrogeant la disposition législative réservant ce type de médiation aux différends transfrontaliers en matière prud'homale (loi n° 95-125 du 8 février 1995, art. 24 modifié par l'ord. n° 2011-1540 du 16 novembre 2011). Désormais, il est prévu que « les dispositions du livre V du code de procédure civile [relatives à la résolution amiable des différends] sont applicables aux différends qui s'élèvent à l'occasion d'un contrat de travail » (C. trav., art. R. 1471-1).

Il faut distinguer deux types de médiation, en l'occurrence celle judiciaire et celle conventionnelle. Comme son nom l'indique, la médiation judiciaire intervient dans le cadre d'une procédure judiciaire (CPC, arts. 131-1 à 131-15). En droit du travail, le bureau de conciliation ou d'orientation (BCO) ou le bureau de jugement joue un rôle prépondérant en la matière dans la mesure où il peut, à n'importe quel moment de la procédure, enjoindre aux parties de rencontrer un médiateur dans une démarche informative, ou bien en désigner un avec l'accord des parties afin de parvenir à une solution amiable (C. trav., R. 1471-2). Ce n'est pas tant ce type judiciaire de médiation qui nous intéresse dans le cadre de notre commentaire d'arrêt mais plutôt la médiation conventionnelle entendue comme « tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence » (CPC, art. 1530). Comme son nom l'indique également, ce type de médiation requiert une prévision contractuelle (ou conventionnelle).

La saisine pour avis. Au succès des MARL doit être ajouté celui de la saisine pour avis de la Cour de cassation (COJ, art. L. 441-1). Les avis sont autant utilisés par les juges du fond (v. not. S. RANC, « Avis de la Cour de cassation relatif aux congés pour événements familiaux du salarié porté », *BJT*, avril 2021 où nous avons dénombré « à l'époque » trois avis recevables devant la Chambre sociale) que par les chambres elles-mêmes de la Cour de cassation qui sollicitent alors l'avis d'une autre chambre (v. not. Soc., avis, 15 décembre 2021, n° 21-70.017, inédit ; Com., avis, 1^{er} décembre 2021, n° 20-15.164), si bien que l'on en vient à se demander si la chambre en formation mixte possède encore une utilité. L'autorité de ces avis a été renforcée par les deux derniers arrêts de la Chambre sociale relatifs au barème *Macron* (Soc., 11 mai 2022, n° 21-14.490 : *BJT*, juin 2022, p. 16, note S. RIANCHO ; 11 mai 2022, n° 21-15.247) qui ont suivi les deux avis rendus par l'Assemblée plénière en la matière (Ass. plén., avis, 17 juillet 2019, n° 15012 et n° 15013 : *BJT*, septembre 2019, p. 18, note G. DUCHANGE).

L'espèce. Le 15 mars 2022, la chambre sociale de la Cour de cassation a reçu, de la part de la cour d'appel de Colmar (n° 21/02253), la demande d'avis suivante : « la convention instituant un préliminaire obligatoire de médiation s'impose-t-elle au juge du fond dès lors que les parties l'invoquent et doit-elle en conséquence entraîner l'irrecevabilité d'une demande formée sans que la procédure de médiation ait été mise en œuvre ? ». Après avoir cité l'article L. 1411-1 du Code du travail relatif à la compétence matérielle du conseil de prud'hommes, la Haute juridiction en déduit qu'« en raison de l'existence en matière prud'homale d'une procédure de conciliation préliminaire et obligatoire, une clause du contrat de travail qui institue une procédure de médiation préalable en cas de litige survenant à l'occasion de ce contrat n'empêche pas les parties de saisir directement le juge prud'homal de leur différend ».

Les observateurs avertis ne seront pas surpris par cette solution. Plusieurs auteurs l'avaient d'ailleurs anticipé (V. not. F. GUIOMARD, « Que faire de la médiation conventionnelle et de la procédure participative en droit du travail ? », *RDT* 2015, p. 628 ; D. BAUGARD, « La procédure participative et la médiation conventionnelle en matière prud'homale », *Cah. soc.* 2015, p. 665). Est repris à un mot près l'attendu de principe issu de l'arrêt rendu par la Chambre sociale le 12 décembre 2012 relatif à une clause instituant une procédure de conciliation préalable en cas de litige (Soc., 5 décembre 2012, n° 11-20.004, *Bull. civ. V*, n° 326 (*D.* 2013, p. 114, note P. BAILLY ; *JCP S* 2013, 1075, note G. FRANÇOIS ; *RDT* 2013, p. 124, note É. SERVERIN ; *Procédures* 2013, comm. 106, A. BUGADA ; *Dr. soc.* 2013, p. 178, note D. BOULMIER), sauf évidemment que le terme « médiation » a remplacé celui de « conciliation ». Ces solutions sont particulières au droit du travail car elles dérogent au droit commun selon lequel le non-respect d'une clause de conciliation est une fin de non-recevoir au sens de l'article 124 du Code de procédure civile (Ch. mixte, 14 février 2003, n° 00-19.423, *Bull. mixte*, n° 1 ; Com., 22 février 2005, inédit ; 16 mai 2018, n° 16-26.086, inédit). Pour autant, la jurisprudence de la Chambre sociale n'entre pas en contradiction avec celle des autres chambres car il faut bien comprendre que ce n'est pas la validité de la clause de conciliation ou de médiation qui est en elle-même affectée mais plutôt ses effets. Elle est inopposable aux parties au contrat de travail (*Adde Soc.*, 30 novembre 2011, n° 11-12.905 : *Bull. civ. V*, n° 277 en matière de clause compromissoire). Autrement dit, le recours à la procédure amiable est facultatif pour les parties au contrat de travail qui peuvent directement saisir le juge.

Fondements. « Cette position prend en considération la spécificité de la procédure prud'homale » (P. BAILLY, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2013, p. 114). Depuis longtemps, la chambre sociale de la Cour de cassation décide que « la création d'organismes conventionnels chargés de régler les différends nés à l'occasion du contrat de travail, ou même de procéder à la conciliation des parties, ne saurait faire obstacle à la saisine directe des conseils de prud'hommes, légalement compétents » (Soc., 19 juillet 1988, n° 85-45.004, *Bull. civ. V*, n° 475 : *GADT*, spéc. n° 26). Deux arguments juridiques permettent de justifier l'application particulière des MARL en droit du travail. Un de ces deux arguments devrait prévaloir sur l'autre.

Il s'agit tout d'abord de préserver la procédure de conciliation obligatoire devant les conseils de prud'hommes. Dans chacun des arrêts concernés, la Cour de cassation vise l'article L. 1411-1 du Code du travail selon lequel « le conseil de prud'hommes règle par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du présent code entre les employeurs, ou leurs représentants, et les salariés qu'ils emploient. Il juge des litiges lorsque la conciliation n'a pas abouti ». Ce fondement est aujourd'hui fragilisé. D'une part, le taux de conciliation devant le conseil de prud'hommes reste particulièrement faible (13,6 % en 2018 : *Rapport de la Direction des affaires civiles et du Sceau. Les affaires prud'homales dans la chaîne judiciaire de 2004 à 2018*, coll. E. SERVERIN, juillet 2019, spéc. p. 43). D'autre part, la part des affaires dispensées de conciliation (requalification de CDD, d'un stage, prise en charge des créances par l'AGS, refus de certains congés, prise d'acte) ne cesse d'augmenter (25,3 % des parts de saisine directe du bureau de jugement en 2018 : *ibid*, spéc. p. 12). L'intention de sauvegarder une procédure juridictionnelle obligatoire est fragilisée par sa faible utilisation en pratique et le fait que le législateur démultiplie les « circuits-courts » au sein du conseil de prud'hommes.

En outre et en vertu d'une interprétation littérale de l'attendu de principe de l'avis du 14 juin 2022, la médiation (ou conciliation) conventionnelle devrait être organisée lorsque la procédure juridictionnelle de conciliation est exclue (É. SERVERIN, « La mission conciliatoire du bureau de conciliation prud'homal dans ses états », *RDT* 2013, p. 124), ce qui n'aurait aucun sens au regard de la *ratio legis* de ces « circuits-courts » visant à accélérer le traitement des litiges (D. BOULMIER, « Clause contractuelle de conciliation préalable à la saisine du juge », *Dr. soc.* 2013, p. 178).

Au regard de l'évolution de la procédure prud'homale et de sa pratique, il vaudrait mieux fonder le particularisme de la médiation (ou conciliation) conventionnelle en matière prud'homale sur un autre fondement, en l'occurrence l'ordre public relatif à la compétence matérielle du conseil de prud'hommes. La Cour de cassation devrait plutôt viser, non pas l'article L. 1411-1 du Code du travail, mais l'article L. 1411-4 relatif à la compétence exclusive du conseil de prud'hommes et dont découle plus directement l'ordre public relatif à sa compétence (G. FRANÇOIS, « L'inefficacité des clauses de conciliation précontentieuse insérées dans le contrat de travail », *JCP S* 2013, 1075). Dans l'arrêt relatif à la clause compromissoire, l'article L. 1411-4 du Code du travail avait d'ailleurs été « visé » par les juges du fond dont le raisonnement avait été validé par la Cour de cassation (Soc., 30 novembre 2011 : *supra*).