

## Revue de droit du travail 2016 p.662

### Les juges doivent-ils plier devant la définition comptable du motif économique de licenciement ?

**Yasmine Tarasewicz, Avocate au Cabinet Proskauer  
Estelle Coulombel, Avocate au Cabinet Proskauer  
Tatiana Sachs, Maître de conférences à l'Université Paris-Ouest Nanterre La Défense**

#### L'essentiel

*L'idée selon laquelle les juges du travail seraient l'ennemi de l'emploi chemine depuis plusieurs années. Imprévisibles, les interventions des juges créeraient un climat d'incertitude qui dissuade les décisions d'embauche. Aussi, afin d'améliorer la situation de l'emploi, convient-il de desserrer le contrôle judiciaire du licenciement. La refonte de l'article L. 1233-3 du Code du travail s'offre comme une concrétisation éclatante de cette leçon délivrée par certains économistes. Dans sa version définitive, applicable à partir du 1<sup>er</sup> décembre 2016, l'article L. 1233-3 du Code du travail contient une liste d'indicateurs comptables (chiffre d'affaires, pertes d'exploitation, etc.) dont le constat de leur détérioration sur une période également précisée dans le texte suffit à caractériser les difficultés économiques. Toutefois, les juges doivent-ils plier devant la définition comptable du motif économique de licenciement ? Yasmine Tarasewicz ainsi qu'Estelle Coulombel, avocates au Cabinet Proskauer, pointent la marge de manoeuvre offerte par la formulation même du nouveau dispositif. Tatiana Sachs, Maître de conférences à l'Université Paris Ouest Nanterre, suggère que la définition comptable des difficultés économiques pourrait imposer aux juges un déplacement, en même temps qu'un enrichissement du contrôle de la décision de l'employeur.*

#### La définition comptable du motif économique de licenciement : un guide plutôt qu'une contrainte

Yasmine Tarasewicz et Estelle Coulombel

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 (ci-après loi Travail) a amendé l'article L.1233-3 du Code du travail qui prévoit 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 :

1° A des difficultés économiques caractérisées soit par l'évolution significative d'au moins un indicateur économique tel qu'une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires, des pertes d'exploitation ou une dégradation de la trésorerie ou de l'excédent brut d'exploitation, soit par tout autre élément de nature à justifier de ces difficultés.

Une baisse significative des commandes ou du chiffre d'affaires est constituée dès lors que la durée de cette baisse est, en comparaison avec la même période de l'année précédente, au moins égale à : a) un trimestre pour une entreprise de moins de onze salariés ; b) deux trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins onze salariés et de moins de cinquante salariés ; c) trois trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins cinquante salariés et de moins de trois cents salariés ; d) quatre trimestres consécutifs pour une entreprise de trois cents salariés et plus [...] ».

Ce texte s'appliquera à compter du 1<sup>er</sup> décembre 2016. L'utilisation de critères comptables dans l'appréciation des difficultés économiques n'est pas une nouveauté, la jurisprudence prenant de longue date en considération, dans son appréciation de la cause réelle et sérieuse, les « difficultés de trésorerie », les « déficits d'exploitation » (Soc. 26 mars 1992, n° 89-43.961), la détérioration du chiffre d'affaires (Soc. 19 mars 2014, n° 12-23.707) ou encore la « diminution notable des résultats » (Soc. 19 mars 2014, n° 12-23.707).

L'article L.1233-3 du Code du travail confère donc valeur législative aux différents critères comptables retenus par la jurisprudence, s'inscrivant ainsi, selon la ministre du travail, dans la continuité de la construction jurisprudentielle de la notion de « difficultés économiques » (audition de M<sup>me</sup> Myriam El Khomri, ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social devant la Commission des affaires sociales, 29 mars 2016).

Pourquoi alors inscrire dans la loi ces indicateurs ? Guider le justiciable ? Restreindre les pouvoirs du juge ?

S'il paraît acquis que la présence dans la loi d'indicateurs comptables va nécessairement guider le juge dans son appréciation de l'existence d'un motif économique (I), elle ne sera pas déterminante dans sa décision de lui reconnaître un caractère réel et sérieux faute pour le législateur d'être allé au bout de sa démarche en statuant sur l'ampleur de la modification attendue des indicateurs comptables en cause (II).

#### I. - Un pouvoir d'appréciation du juge guidé par une approche comptable du licenciement économique

La consécration des indicateurs comptables par l'article L.1233-3 1° est guidée par l'ambition du législateur de clarifier la notion de difficultés économiques et ainsi de faciliter les embauches « en sécurisant les licenciements et en prévenant les contentieux » (étude d'impact de la loi Travail).

La jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur de la loi Travail exigeait la preuve de difficultés économiques d'une certaine gravité, considérant que ni « la réalisation d'un chiffre d'affaires moindre durant l'année ayant précédé le licenciement [...] » (Soc. 13 sept. 2012, n° 11-18.480 ; 12 déc. 2013, n° 12-23.079), ni la perte d'un marché ne pouvaient constituer un motif économique de licenciement (Soc. 29 janv. 2014, n° 12-15.925).

Afin de caractériser l'importance des difficultés économiques alléguées par l'employeur, la Chambre sociale de la Cour de cassation avait ainsi introduit la méthode du faisceau d'indices, suggérant l'exigence de la conjonction de plusieurs indicateurs comptables dans la détermination de la cause réelle et sérieuse du licenciement (Soc. 1<sup>er</sup> févr. 2011, n° 09-68.039).

Cette appréciation *in concreto* des difficultés économiques étant, selon le gouvernement, source d'insécurité

juridique, l'avant-projet de loi Travail avait pour ambition initiale de « faire en sorte que le licenciement économique puisse être dûment motivé et objectivé par l'entreprise », permettant « de s'assurer, en amont de la procédure de licenciement, que le licenciement n'est pas dépourvu de cause réelle et sérieuse » (étude d'impact de la loi Travail).

Ainsi, afin « d'entendre le besoin de prévisibilité qui s'exprime fortement du côté des entreprises » (Commission des affaires sociales, mardi 29 mars 2016, Compte rendu n° 35 Audition de M<sup>me</sup> Myriam El Khomri), l'article 30 bis de l'avant-projet de loi Travail a introduit une liste d'indicateurs économiques alternatifs dont la dégradation était suffisante en soi pour justifier un licenciement pour motif économique.

Si les discussions devant la Commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale ont entraîné un élargissement de la liste des indicateurs économiques, introduisant le critère de l'excédent brut d'exploitation, l'ultime version de la loi Travail a consacré cette approche comptable du motif économique. L'article L.1233-3 du Code du travail semble donc mettre fin à la méthode jurisprudentielle du faisceau d'indices, en inscrivant dans la loi une liste d'indicateurs économiques non plus cumulatifs, mais alternatifs.

La rédaction de cet article guidera nécessairement le juge saisi, qui ne pourra plus, désormais, exclure la cause économique d'un licenciement en présence de difficultés démontrées par la dégradation d'un seul indicateur économique, notamment en cas de baisse du chiffre d'affaires durant la période précédant le licenciement.

Par ailleurs, l'article L.1233-3 du Code du travail introduit un critère de durée, variable en fonction de la taille de l'entreprise.

Or, selon la jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur de la loi Travail, la seule diminution du chiffre d'affaires au cours d'un semestre, voire d'une année, ne pouvait caractériser une cause réelle et sérieuse de licenciement (Soc. 13 sept. 2012, n° 11-18.480 ; 12 déc. 2013, n° 12-23.079), la chambre sociale de la Cour de cassation considérant, de manière constante, que seules des difficultés économiques durables, menaçant la pérennité de l'entreprise, étaient susceptibles de justifier un licenciement économique (Soc. 8 déc. 2004, n° 02-46.293 ; 28 janv. 2014, n° 12-23.206).

La loi Travail a vocation à remettre en cause cette jurisprudence, en rendant possible le licenciement en présence de difficultés économiques passagères, notamment au sein des petites et moyennes entreprises.

L'avant-projet de loi Travail avait initialement laissé à la négociation collective de branche le soin de déterminer la durée de la baisse des commandes ou du chiffre d'affaires « caractérisant les difficultés économiques », durée nécessairement supérieure à deux trimestres consécutifs.

À la demande des organisations patronales (audition des organisations représentatives des employeurs, Commission des affaires sociales, 30 mars 2016), un critère de durée variable en fonction de la taille des entreprises a été introduit lors des débats parlementaires, supprimant corrélativement la possibilité de déterminer, par voie d'accord collectif de branche, la durée exigée des difficultés économiques.

Toutefois, si cette nouvelle rédaction de l'article L. 1233-3 du Code du travail influencera nécessairement le juge dans son appréciation de la cause réelle et sérieuse de licenciement, en introduisant une analyse différenciée des difficultés économiques en fonction de la taille des entreprises, ce critère de durée variable ne poursuit pas son objectif de lisibilité.

En effet, le législateur ne définissant pas précisément la période de référence permettant l'appréciation de ce nouveau critère de durée, certaines interrogations perdurent (B. Boubli, « La réforme du licenciement économique et le juge », Actualités du droit Lamy, 27 sept. 2016). Le juge devra-t-il prendre en considération les seuls trimestres précédant la date du licenciement ou serait-il envisageable qu'une continuité de la baisse du chiffre d'affaires ou des commandes après la rupture puisse permettre à la juridiction saisie, en cas de difficultés graves, de caractériser la cause réelle et sérieuse du licenciement sans que le nombre de trimestres exigé par la loi ne soit rempli à la date du licenciement ? De même, une très légère reprise économique à la suite d'une baisse du chiffre d'affaires pendant le nombre de trimestres exigé par la loi exclura-t-elle automatiquement toute caractérisation d'un motif réel de licenciement, alors même qu'une telle situation est admise, à ce jour, par la jurisprudence (Soc. 2 juill. 2015, n° 14-16.213) ? Enfin, l'employeur sera-t-il désormais autorisé à licencier un salarié nouvellement embauché dès lors que la condition de durée légale sera remplie, indépendamment de la date de conclusion du contrat de travail ?

Autant de questions qui devront être tranchées par les juridictions, amenant à s'interroger sur la véritable portée de la loi Travail au regard de son ambition initiale de sécurisation juridique.

## **II. - Un pouvoir d'appréciation du juge total quant à l'ampleur des difficultés économiques**

Il semblerait que le législateur ne soit pas allé au bout de sa logique visant à clarifier la notion de difficultés économiques et à permettre à l'entreprise de déterminer, en amont, si la baisse de ses indicateurs économiques est susceptible de caractériser une cause réelle et sérieuse de licenciement.

En effet, si l'article L. 1233-3 1° du Code du travail semble « automatiser » la reconnaissance d'une cause économique de licenciement en présence d'une baisse des commandes ou d'une diminution du chiffre d'affaires constatée au cours de plusieurs trimestres, le législateur n'a pas défini l'ampleur de la dégradation susceptible de justifier un licenciement.

Est-il alors vraisemblable de considérer que toute baisse, même minime, du chiffre d'affaires serait susceptible de justifier le licenciement ?

Il est permis d'en douter, dès lors que la Commission des affaires sociales a introduit la notion de difficultés économiques « significatives », redonnant tout pouvoir au juge quant à l'appréciation de la cause sérieuse du licenciement.

L'avant-projet de loi Travail prévoyait que toute baisse des commandes ou du chiffre d'affaires, peu important son ampleur, était susceptible de caractériser des difficultés économiques, dès lors qu'elle était constatée au cours de la durée prévue par l'accord collectif de branche ou, à défaut, par la loi.

Toutefois, cette automaticité a été abandonnée au cours des discussions devant la Commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale, et ce sous l'influence de la mobilisation syndicale et doctrinale.

En effet, les organisations syndicales représentatives ont exigé l'introduction d'un critère portant sur l'ampleur des difficultés économiques, considérant que le texte devait évoluer « en matière de protection des salariés » (audition des organisations représentatives des salariés par la Commission des affaires sociales le 30 mars 2016 ; Commission des affaires sociales, 29 mars 2016, compte rendu n° 35 audition de M<sup>me</sup> Myriam El Khomri).

L'étude d'impact de la loi comme une partie de la doctrine ont d'ailleurs souligné qu'à défaut d'appréciation par le juge de l'ampleur des difficultés, le texte initial était susceptible de se heurter aux dispositions de la convention 158 OIT ratifiée par la France (P. Lokiec, « Le motif économique malmené dans le projet de loi Travail », Sem. soc. Lamy n° 1718, 11 avr. 2016 ; étude d'impact de la loi Travail).

En conséquence, l'amendement n° AS1050 a introduit, « s'agissant des indicateurs retenus, celui de l'ampleur de ces difficultés », en exigeant que la baisse des indicateurs économiques soit « significative ».

Ce faisant, le législateur a pleinement consacré le pouvoir d'appréciation du juge quant à l'ampleur des difficultés économiques exigées pour la justification d'un licenciement économique. Il est d'ailleurs éloquent de constater que le vote de cet amendement était consécutif à la position du rapporteur auprès de la Commission des affaires sociales qui considérait que « l'unique critère de durée » conduisait « à dessaisir le juge de sa capacité d'appréciation du caractère sérieux du licenciement, en ne lui concédant qu'un pouvoir d'appréciation de son caractère réel ».

Si le Sénat a tenté d'initier une suppression de ce terme, il a été adopté à nouveau par l'Assemblée nationale, la Commission des affaires sociales jugeant « essentiel que le juge puisse conserver en aval une marge de manœuvre suffisante pour estimer la réalité et l'ampleur des difficultés économiques rencontrées, qui correspondent bien au caractère « réel et sérieux » du licenciement » (Rapport fait au nom de la Commission des affaires sociales, n° 3675, 7 avr. 2016).

Il semblerait donc que le juge ne soit pas contraint par les critères nouvellement introduits dans la loi, l'appréciation du caractère « significatif » des difficultés pouvant permettre de neutraliser l'application automatique du critère de durée défini par l'article L. 1233-3 du Code du travail (B. Boubli, « La réforme du licenciement économique et le juge », Actualités du droit Lamy, 27 sept. 2016 ; P. Lokiec, « Le motif économique malmené dans le projet de loi Travail », Sem. soc. Lamy n° 1718, 11 avr. 2016).

Dès lors, du fait de la nécessité d'apprécier l'ampleur des difficultés économiques, la méthode du faisceau d'indices pourrait avoir vocation à s'appliquer afin d'apprécier si existe une baisse « significative » des commandes ou du chiffre d'affaires, prenant en considération par exemple un « contexte de crise du secteur » (Soc. 9 avr. 2014, n° 12-28.329).

Enfin, il sera relevé que la loi ne s'est intéressée qu'à la question des difficultés économiques. Or, dès lors que 44,5 % des plans de sauvegarde de l'emploi homologués ou validés depuis l'entrée en vigueur de la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 ont été motivés par la nécessité de sauvegarder la compétitivité des entreprises concernées (DGEFP - SI homologation), l'on peut s'interroger sur la portée pratique de la loi nouvelle.

En réalité, si la loi Travail avait pour objectif de « donner des exemples clairs de critères pour les PME » et de « rendre accessible aux petites et moyennes entreprises, à tous ceux qui ne disposent pas de conseils juridiques ou de services de ressources humaines, les critères qui permettent de savoir si le motif économique est ou non fondé » (Commission des affaires sociales, mardi 29 mars 2016, Compte rendu n° 35 Audition de M<sup>me</sup> Myriam El Khomri), elle s'est bien gardée d'explicitier le critère insaisissable de la sauvegarde de compétitivité.

Était-il vraiment opportun de générer autant d'émoi pour si peu ?

### **De l'objectivation comptable des difficultés économiques à l'enrichissement du contrôle de la décision de l'employeur**

Tatiana Sachs

Préparée et annoncée par de multiples rapports, la loi travail du 8 août 2016 a néanmoins apporté son lot de pochettes surprises, parmi lesquelles les dispositions sur le motif économique de licenciement. Ayant fait l'objet de fortes réticences, voire d'une franche opposition, certaines mesures, notamment celle qui limitait le cadre d'appréciation du motif économique ou encore celle qui ouvrait la possibilité de fixer conventionnellement les motifs économiques de licenciement, n'ont pas survécu au tumultueux processus d'adoption de ce texte. En revanche, s'est concrétisée la volonté d'introduire des indicateurs qui précisent les modalités de caractérisation des difficultés économiques susceptibles de justifier un licenciement. Selon les promoteurs du nouveau texte, l'objectif poursuivi est « de résorber [une] source d'insécurité juridique et de faire en sorte que le licenciement économique puisse être dûment motivé et objectivé par l'entreprise et de s'assurer, en amont de la procédure de licenciement, que le licenciement n'est pas dépourvu de cause réelle et sérieuse » (Étude d'impact associée au projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, 24 mars 2016, p. 267). En somme, il s'agit de préserver la décision patronale de toute remise en cause *a posteriori* par les juges. En ce sens, l'objectivation comptable des difficultés économiques se situe dans le prolongement des multiples dispositifs visant à limiter le contrôle judiciaire du licenciement et ses conséquences. Est de surcroît affichée l'ambition de procéder à cette sécurisation sans véritablement altérer l'état du droit positif en la matière : les indicateurs choisis, comme les périodes de référence d'appréciation des indicateurs ne feraient que figer des solutions dégagées par les juges (en ce sens, v. le rapport de M. Sirugue, 7 avr. 2016 ; F. Dumont, « Préserver l'emploi : effet d'annonce pour des mesures discutables », JCP S n° 36, 1304, spéc. § 18). Ainsi, il ne s'agirait pas tant de faciliter le licenciement en assouplissant les conditions dans lesquelles l'employeur peut transférer le risque au salarié que de « sécuriser » la décision patronale. Une sécurisation à droit constant en quelque sorte.

Il est vrai que chacun des indicateurs mentionnés dans le nouveau texte est bel et bien utilisé par les juges pour apprécier la situation de l'entreprise. Toutefois, le plus souvent, ceux-ci se fondent sur une pluralité de données comptables, financières et économiques pour caractériser les difficultés économiques qu'affronte l'entreprise. Ce faisant, les juges procèdent à une évaluation circonstanciée de la situation de l'entreprise, interprétant et croisant les informations dont ils sont destinataires. C'est précisément pour prendre le contrepied de cette méthode que l'article L. 1233-3 ouvre la possibilité de caractériser des difficultés économiques sérieuses au moyen d'un seul indicateur : la baisse des commandes, celle du chiffre d'affaires, la dégradation de la trésorerie, celle de l'excédent brut d'exploitation ou encore des pertes d'exploitations. La réduction du champ de l'argumentation judiciaire (sur ce point, v. C. Wolmark, « Les difficultés économiques à l'épreuve du droit à l'emploi », RDT déc. 2016, à paraître) conduit à faciliter le transfert du risque économique sur le salarié en cas de dégradation de la situation de l'entreprise, au moins pour deux raisons. La première est le renoncement à caractériser les difficultés économiques dans leur complexité, ce en dépit de l'hétérogénéité de la liste des indicateurs. La baisse des commandes ou du

chiffre d'affaires rend compte de difficultés que connaît l'entreprise sur le marché des biens et services dont elle est actrice ; la dégradation de la trésorerie donne à voir des complications financières tandis que les pertes d'exploitation ou la baisse de l'excédent brut d'exploitation sont révélatrices d'un problème de rentabilité. Ainsi chacun des indicateurs rend compte, de manière parcellaire, des difficultés rencontrées par une entreprise. Il est significatif d'un registre (registre marchand, financier, ou registre de la profitabilité) de difficultés. Ainsi, le droit du travail ne renonce pas à prendre en compte la pluralité des justifications auxquelles ouvre le standard des difficultés économiques : il renonce à les combiner. Considérer que chacun d'eux, pris isolément, est susceptible de justifier un licenciement allège les conditions dans lesquelles l'employeur peut procéder à un licenciement économique. Plus particulièrement, l'admission de simples difficultés marchandes - baisse du chiffre d'affaire, par exemple - sans que ne soit requise la caractérisation d'une dégradation de la profitabilité de l'activité - pertes d'exploitations, notamment - est symptomatique de cet allègement. La facilitation du licenciement tient à une seconde raison : l'employeur n'est pas sans avoir une certaine emprise sur les indicateurs qui spécifient les difficultés économiques. Chacun sait que la comptabilité est un jeu d'écritures qui procède de choix (v., not., S. Jubé, *Droit social et normalisation comptable*, LGDJ, 2011). À rebours, le législateur semble considérer que la comptabilité peut approcher la « vérité de l'entreprise », autrement dit, qu'elle en rend une image fidèle. L'introduction d'indicateurs comptables conduit ainsi à déléguer à la comptabilité la teneur des difficultés économiques (en ce sens, v. F. Géa, « Comprendre... ou pas », RDT 2016. 70) sans prendre la comptabilité pour ce qu'elle est : un système d'informations qui ne fait sens qu'une fois interprété. Ainsi, sous couvert de sécurisation, le législateur français, imitant son homologue espagnol, a, en définitive, atténué le fardeau du risque économique pour les entreprises (P. Lokiec, « Le motif économique dans le projet de loi Travail », Sem. soc. Lamy 2016, n° 1718).

Que peuvent faire les juges face à cette volonté de limitation du débat judiciaire sur le motif économique de licenciement ? Deux voies de contournement de la contrainte élaborée par le législateur seront ici évoquées : la contestation des périodes d'observations des indicateurs, d'une part, les moyens dont disposent le juge pour retrouver un véritable pouvoir d'évaluation de la situation économique de l'entreprise, d'autre part.

La remise en cause de la durée des périodes d'appréciation des indicateurs permettrait aux juges de retrouver une certaine marge de manoeuvre. Ces durées dépendent des effectifs de l'entreprise : un trimestre pour une entreprise de moins de onze salariés ; deux trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins onze salariés et de moins de cinquante salariés, trois trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins cinquante salariés et de moins de trois cents salariés, quatre trimestres consécutifs pour une entreprise de trois cents salariés et plus. Selon les effectifs de leur entreprise, les salariés ne bénéficient pas de la même protection contre le risque économique. Une telle différenciation ne méconnaît-elle pas le principe d'égalité devant la loi ? Si le Conseil constitutionnel autorise des différences de traitement d'origine légale, encore exige-t-il que les critères de distinction soient « en adéquation avec l'objet de la loi » (v., par ex., Cons. const., 5 août 2015, n° 2015-715 DC, Dr. soc. 2015. 803, note D. Baugard). Selon la formule consacrée, « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit » (V. par exemple, décision précitée). Surgit alors une interrogation : les effectifs de l'entreprise sont-ils un critère « en adéquation avec l'objet » de l'article L. 1233-3 du Code du travail, qui est d'établir les conditions dans lesquelles l'employeur est autorisé à transférer sur le salarié le risque économique et à le licencier ? Une réponse positive serait susceptible de s'imposer, à condition toutefois de considérer les effectifs comme un indicateur probant de l'envergure économique de l'entreprise. Or, les exemples ne manquent pas de groupes de sociétés qui placent à leur tête une holding composée d'un faible nombre de salariés. Ces exemples rendent discutable l'adéquation du critère des effectifs à l'objet de la loi. Tant et si bien que le dispositif dans sa rédaction actuelle pourrait faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité. Par ailleurs, devrait être ouvert, devant le juge judiciaire, un débat sur le cadre d'appréciation des effectifs utilisés pour la détermination de la période d'appréciation des indicateurs comptables. Ces effectifs doivent-ils être déterminés au niveau de l'entreprise ou au niveau du secteur d'activité qui sert de cadre d'appréciation du motif économique ?

Qu'en est-il des moyens dont disposent les juges pour dépasser le simple constat des indicateurs comptables ? Dès lors que l'employeur choisit de justifier le licenciement à l'aide de l'un des indicateurs mentionnés à l'article L. 1233-3 du Code du travail, convient-il de considérer que la cause réelle et sérieuse se trouve automatiquement constituée ? Certes, l'article L. 1233-3 du Code du travail laisse encore la possibilité de caractériser les difficultés économiques au moyen de « tout autre élément de nature à [les] justifier ». Toutefois, cette ouverture semble être aux mains de l'employeur qui, par l'énonciation du motif de licenciement dans la lettre de notification, fixe les limites du litige. Cette ouverture paraît donc être un faible rempart à l'objectivation comptable du motif économique de licenciement. Trois poches de résistance à l'objectivation pourraient néanmoins émerger. C'est tout d'abord la mention à deux reprises de l'adjectif « significatif » qui permettrait de rouvrir le champ de l'argumentation judiciaire. Tel qu'utilisé dans l'article L. 1233-3 du Code du travail, l'adjectif est porteur d'une ambiguïté : renvoie-t-il à la persistance de la dégradation des indicateurs - ce que semble suggérer l'usage de l'adjectif rapporté à la période d'appréciation des indicateurs à l'alinéa 3 de l'article - ou à l'ampleur de cette dégradation - ce que semble évoquer l'adjectif à l'alinéa 2 de l'article ? Si la seconde acception venait à être retenue, cela permettrait d'ouvrir le débat judiciaire sur l'ampleur de la dégradation économique exigée. Par ailleurs, en utilisant l'adjectif « significatif », le législateur réintroduit dans le débat la question de l'interprétation des indicateurs. Ce que le législateur prescrit, c'est en quelque sorte une manière d'interpréter ces indicateurs. Ne laisse-t-il pas, cependant, la possibilité pour le salarié de démontrer que les indicateurs ne sont pas significatifs, au sens où ils ne permettent pas de rendre compte de la situation de l'entreprise, la cause réelle et sérieuse n'étant alors pas constituée ? En somme, la nouvelle rédaction de l'article L. 1233-3 du Code du travail instaurerait une présomption qui pourrait être renversée par le salarié (dans le même sens, v. C. Wolmark, préc.). Sa principale conséquence serait alors d'alourdir le fardeau de la preuve pesant sur le salarié, sans pour autant réduire définitivement le champ de l'argumentation judiciaire.

Un second moyen de résister à l'objectivation comptable des difficultés économiques est d'ouvrir le débat sur les origines de la situation économique dans laquelle se trouve l'entreprise. Dans cette perspective, le contrôle de la légèreté blâmable ayant conduit à la situation de l'entreprise s'offre comme une voie possible. La caractérisation de la légèreté blâmable demeure, pour l'instant, réservée à des décisions ou des comportements de l'employeur qui relèvent d'un manque de prudence ou d'excès. Tel est, par exemple, le cas lorsque le manquement de l'employeur à ses obligations administratives (Soc. 10 mai 2005, n° 03-40.620) ou contractuelles (Soc. 2 juin 2009, n° 08-41.747) obère la situation de l'entreprise. Les juges ont ainsi sanctionné des comportements anormaux de l'employeur, se refusant néanmoins à considérer que « l'erreur du chef d'entreprise dans l'appréciation du risque inhérent à tout choix de gestion [...] caractérise à elle seule la légèreté blâmable » (Soc. 14 déc. 2005, n° 03-44.380). Semblable conception, quelque peu restrictive, de la légèreté blâmable était le pendant d'un contrôle exigeant de la contrainte économique pesant sur l'employeur désireux de licencier. Dès lors, le desserrement d'un tel contrôle, ne pourrait-il, par un effet de balancier, autoriser une appréciation des décisions ayant conduit à la situation économique ?

Enfin, les juges peuvent retrouver une marge de manoeuvre en portant leur attention sur la « raisonabilité » du

licenciement, pour reprendre un terme emprunté au droit espagnol (A. Guaman, Hernandez et O. Leclerc, « Les mutations du motif économique de licenciement. Éclairages sur la réforme du droit français à partir du droit espagnol », RDT 2016. 398 ). Jamais désignée comme telle, cette exigence n'est pourtant pas totalement étrangère au droit français. Sous l'empire de l'article L. 1233-3 du Code du travail dans sa version antérieure au 1<sup>er</sup> décembre 2016, l'appréciation du sérieux du motif économique s'incarne non seulement dans un contrôle de l'obligation de reclassement et de l'intensité de la contrainte économique, mais également dans celui du lien de causalité qui unit les facteurs économiques externes et l'élément matériel du licenciement (suppression ou transformation d'emploi, etc.) (P. Waquet, « Le contrôle par le juge du licenciement économique », JCP E Cahiers du droit de l'entreprise n° 6 suppl. au n° 51/52 du 18 déc. 2003, p. 11 ; J.-Y. Frouin, « La légalité du licenciement pour motif économique », Sem. soc. Lamy 2006, n° 1254). L'exigence de ce lien causal résulte des termes mêmes de l'article L. 1233-3 du Code du travail, lequel décrit un enchaînement causal que le juge est censé vérifier à l'occasion du contrôle du sérieux de la cause économique. Ainsi, selon la Cour de cassation, « il appartient aux juges du fond d'apprécier le caractère sérieux du motif économique invoqué » en examinant si « les difficultés économiques dont l'employeur fait état » sont « de nature à justifier une suppression d'emploi » (Soc. 24 janv. 2007, pourvoi n° 04-41668). À travers cette formule, les juges peuvent être amenés à contrôler la cohérence entre la situation de l'entreprise et la mesure décidée par l'employeur (sur ce point, v. T. Sachs, *La Raison économique en droit du travail. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit social », 2013, n°s 408 s.). Ainsi, dans un arrêt du 8 juillet 2009, la Chambre sociale invite explicitement les juges du fond « à vérifier l'adéquation entre la situation économique de l'entreprise et les mesures affectant l'emploi [...] envisagées par l'employeur [sans pour autant] se substituer se substituer à ce dernier quant aux choix qu'il effectue dans la mise en oeuvre de cette réorganisation » (Soc. 8 juill. 2009, n° 08-40.046, RDT 2009. 584 , obs. F. Géa). Dans cette optique, le contrôle du lien de causalité n'impliquerait pas seulement de vérifier que le licenciement est bien la résultante de la situation économique de l'entreprise ; il requiert de considérer les mesures sur l'emploi comme des moyens orientés vers l'objectif d'amélioration de la santé économique de l'entreprise. Esquissé en matière de réorganisation nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité dans l'arrêt du 8 juillet 2009 précité, un tel contrôle aurait toute sa place lorsqu'il s'agit de contrôler le sérieux de la justification économique en cas de difficultés économiques. Plus encore, l'allègement du contrôle portant sur l'intensité de la contrainte économique devrait conduire - par un effet de vases communicants - à un développement de ce contrôle, tout en respectant l'interdiction de l'immixtion dans les choix de gestion. Comme le montre le droit espagnol, ce chemin de crête peut et doit être emprunté. Dans une décision du 26 mars 2014, le Tribunal Supremo espagnol a ainsi considéré que le droit d'accès au juge « doit s'entendre en ce sens qu'il appartient aux organes juridictionnels non seulement de porter un jugement de légalité sur l'existence de la cause alléguée [par l'employeur] mais aussi d'apprécier le caractère raisonnable de l'adéquation entre les causes invoquées et la modification [du rapport d'emploi] décidée, sans préjuger par ailleurs de l'appréciation que le tribunal pourrait porter, le cas échéant, sur l'atteinte éventuellement portée à des droits fondamentaux. Le caractère raisonnable ne doit pas s'entendre dans le sens d'exiger que la mesure prise soit la meilleure pour atteindre l'objectif poursuivi (ce qui relève, on l'a dit, du pouvoir de direction de l'employeur), mais implique que la mesure soit en adéquation [*se adecue idóneamente*] avec cet objectif (jugement d'adéquation) » (recours n° 158/2013 [TELEMADRID], traduit et cité par A. Guaman Hernandez et O. Leclerc, préc.).

En définitive, de la même manière que l'admission des clauses contractuelles de résultats s'est accompagnée d'un enrichissement du contrôle sur leur caractère raisonnable ou encore sur les comportements de l'employeur associés à l'usage de ces clauses, la tentative d'objectivation comptable du motif économique de licenciement pourrait être l'occasion d'un enrichissement du contrôle des décisions économiques, gestionnaires et comptables des employeurs.

**Mots clés :**

**LICENCIEMENT** \* Licenciement économique \* Motif économique \* Définition comptable \* Rôle du juge \* Controverse