

# Le contrôle prud'homal de la légitimité des licenciements économiques

Bilan d'une recherche (1)

par Stéphane CARRE

ATER à l'université de Rennes II

L'autorisation administrative préalable aux licenciements pour motif économique a disparu en vertu des lois n° 86-797 du 3 juillet 1986 et n° 86-1320 du 31-12-1986. Les conseils de prud'hommes peuvent depuis lors exercer pleinement leur contrôle sur la réalité et le sérieux des raisons économiques invoquées par l'employeur.

Comment ces juridictions paritaires ont-elles traité ce nouveau contentieux alors que la Cour de cassation n'avait pas encore marqué de son empreinte l'interprétation de cette nouvelle législation ? On ne peut répondre à cette question sans replacer la juridiction prud'homale dans le contexte non seulement juridique mais encore social dans lequel elle intervient.

Cet environnement conditionne largement le recours du salarié aux conseils de prud'hommes (I). Par voie de conséquence, il influence aussi les solutions dégagées par ces tribunaux, compte tenu du mode de fonctionnement de l'institution prud'homale (II). Mais seule l'analyse systématique de la pratique prud'homale permet de se faire une idée de la manière dont sont contrôlés les licenciements économiques. Les dossiers déposés aux conseils de prud'hommes ont alors été notre principale source d'informations et ont fait l'objet d'un traitement quantitatif (2).

## I. — LE RECOURS DU SALARIÉ AUX CONSEILS DE PRUD'HOMMES

On doit d'emblée souligner certaines difficultés propres à la notion de licenciement pour motif économique (A). Or, du fait du contexte socio-professionnel où apparaît le conflit entre le salarié et l'employeur (B), ces difficultés se traduisent par des griefs et des moyens spécifiques qui modifient les termes du litige (C).

### A — LA NOTION DE LICENCIEMENT POUR MOTIF ÉCONOMIQUE

Il est courant de présenter la distinction entre licenciement pour raison économique et licenciement pour raison personnelle comme la division essentielle organisant le droit des licenciements (3). Les motifs économiques seraient non inhérents à la personne du salarié ; les motifs personnels, qu'il y ait faute salariale ou non, seraient inhérents à la personne du travailleur. Les procédures et les modalités de licenciements diffèrent d'ailleurs nettement selon ces deux causes, surtout si l'on compare les licenciements personnels aux licenciements économiques collectifs.

(1) Cette étude synthétise les principaux résultats d'une thèse intitulée « Le contrôle prud'homal du licenciement économique — droit et pratiques — » (université de Nantes, avril 1993).

(2) Analyse des jugements et éventuellement des conclusions des parties. On a répertorié 170 affaires en contestation du licenciement économique (procédures et justifications). Afin de comparaisons, d'autres populations ont été constituées (litiges hors contentieux du licenciement économique ; litiges, tous contentieux confondus). Les informations dégagées concernaient tant

l'instance que les principales caractéristiques des parties. L'enquête a été menée en 1988 auprès d'une dizaine de conseils de prud'hommes de l'ouest de la France.

(3) CAMERLYNCK G.H. : « De la conception civiliste du droit contractuel de résiliation unilatérale à la notion statutaire de licenciement » *JCP* 1958 I 1425, p. 18 ; JAVILLIER J.C. : « Permanences et remises en question dans le droit du licenciement » *Droit social* mars 1981, p. 302 ; PÉLISSIER J. : « L'élaboration laborieuse d'un droit du licenciement » ds. « Les transformations du droit du travail » éd. Dalloz Paris 1989, p. 350.

Cependant, quand il s'agit d'examiner précisément les événements qui caractérisent les deux types de cause, la distinction devient souvent plus problématique. Or, la législation et la jurisprudence ne prennent pas suffisamment en considération ces difficultés. Les critères qui permettent de qualifier le motif économique sont hétérogènes (1°). Les critères d'ordre dans le choix des salariés licenciés permettent enfin l'émergence de mobiles qui n'ont rien d'économique (2°).

### 1. Le motif économique

La loi n° 89-549 du 2 août 1989 donne pour la première fois une définition du licenciement pour motif économique (L. 321-1 Code du travail). Mais si cette définition légale est la bienvenue, elle ne clarifie pas complètement ce qu'est un motif économique. Beaucoup d'auteurs ont souligné son caractère hétérogène (4). En fait, ce texte réutilise des notions souvent imprécises qui existaient auparavant de façon éparse dans la législation et la jurisprudence.

Pour l'essentiel, on doit constater qu'une partie seulement de ces critères permet de décrire ce qui, positivement, est une « cause » économique (les difficultés économiques et financières, les opérations de restructuration, de modernisation...). D'autres permettent seulement de présumer l'existence d'un motif économique (suppression d'emploi ; raisons « non inhérentes à la personne du salarié »). Dans ces conditions, si l'on privilégie en pratique ces derniers critères, seul le caractère apparemment économique du motif est mis en évidence. En effet, le critère des raisons non inhérentes à la personne du salarié n'est que la définition négative du motif économique : il ne décrit aucune cause économique. Il sera souvent vérifié par l'absence d'embauche au même poste. Une étonnante inversion a donc lieu : la « cause » économique est indirectement prouvée par sa « conséquence » logique : une réelle suppression d'emploi.

Les événements à l'origine du licenciement ne sont alors ni véritablement objectivés, ni appréciés en fonction de l'exigence d'une « cause réelle et sérieuse » (L. 122-14-4 du Code du travail). Le travailleur licencié peut donc légitimement s'interroger sur les raisons exactes de son licenciement du fait de l'insuffisance des justifications économiques.

Or, tant sous l'empire de la loi de 1975 qu'entre 1986 et 1989, il n'a pas été clairement exigé que l'ensemble de ces critères soit réuni afin de justifier le caractère économique d'un licenciement (5). De plus, c'est bien le critère de la suppression d'emploi qui a été finalement privilégié parce qu'il a été rapidement décidé que

le juge ne pouvait se substituer à l'employeur quant à l'opportunité de la mesure économique décidée (6). Ce faisant aucun contrôle serré des raisons économiques invoquées ni de l'opportunité du licenciement en fonction de ces événements n'était nécessaire.

Il n'est pas certain que la nouvelle définition légale posée par la loi d'août 1989 aboutisse à un résultat différent. Certains tribunaux ont ainsi réaffirmé que l'employeur restait seul juge de la bonne gestion de son entreprise, ce qui laisse augurer d'un contrôle restreint de la réalité des événements et de leur pertinence économique (7).

### 2. Les critères de choix des salariés licenciés

Il est habituel de présenter les critères d'ordre dans les licenciements collectifs (L. 321-1-1 du Code du travail) comme une question distincte de la qualification et du contrôle de la cause réelle et sérieuse des licenciements pour motif économique. La chambre sociale de la Cour de cassation effectue d'ailleurs souvent une nette séparation entre ces deux matières. Un licenciement peut avoir une cause réelle et sérieuse mais être sanctionné au titre de non respect des critères de choix définis pour le licenciement des salariés. Il s'agit alors d'une sanction distincte de celles définies par l'article L. 122-14-4 du Code du travail en l'absence d'une cause réelle et sérieuse (8).

Cette solution ne tient pas compte d'une caractéristique essentielle du licenciement pour motif économique. Quand le travailleur est congédié pour une telle cause, il subit une rupture de son contrat de travail pour une raison qui ne doit rien à son exécution défectueuse. On ne devrait donc pas trouver dans la mesure patronale elle-même des mobiles qui tiendraient à la personne du salarié et auraient favorisé son départ. Si des critères tenant à l'exécution du contrat de travail existent quant au choix des salariés remerciés, alors l'existence de justifications économiques générales et collectives ne démontre en rien l'exactitude de ce motif par rapport à chaque licenciement prononcé.

Cette particularité n'existe pas pour les licenciements inhérents à la personne du travailleur. La résiliation du contrat de travail est ici la conséquence directe de sa mauvaise exécution. Quand une cause réelle et sérieuse existe, le licenciement intervient, *ipso facto*, pour une raison exacte, sauf à démontrer par delà ce motif l'existence d'un mobile déterminant mais illicite, telle une discrimination interdite par la loi.

Sur l'ensemble de la question, le droit est finalement d'une remarquable ambiguïté. Il a ainsi maintenu en per-

(4) GRANGIER Ph., SACHS-DURAND C. : « Le motif économique de licenciement après la loi du 2.8.1989, première approche » *Droit ouvrier* n° 498 mai 1990 - 165 - ; LABORDE J.P. : « La cause économique du licenciement » *Droit social* sept./octobre 1992, 774 ; PÉLISSIER J. : « La cause économique du licenciement » *RJS* 8-9/1992, 528.

(5) La jurisprudence ne retenait souvent qu'un critère (Soc. 8-7-1977 *juris. soc.* UIMM n° 380, p. 13 ; Soc. 21.7.1986, *jurisp. soc.* n° 483, p. 62 : suppression d'emploi) et parfois plusieurs (Soc. 13.6.1979 *Bull. civ. V*, n° 524, p. 386 (suppression d'emploi et raisons non inhérentes à la personne du salarié) ; cf. aussi : Soc. 22.3.1978 *D.* 1978, 554.

(6) CE 27.4.1979 « Coop. laitière du Puy » *Droit ouvrier* juin 1979, 221 ; Soc. 18-10-1984 *Cah. Prud.* 1985, 116.

(7) C. d'App. Poitiers 20.5.1987 *Cah. prud.* 1988.90 ; cependant la Cour de cassation semble être aujourd'hui moins réticente à un contrôle en opportunité du motif économique (Soc. 2-7-1987 *Droit ouvrier* juin 1988, 259).

(8) Soc. 7.2.1990 *Droit social* 1990, 521 ; Le non respect de l'article L. 321-1-1 peut aussi faire l'objet d'une sanction pénale (R. 362-1 Code du travail).

manence le critère des « qualités professionnelles », lui donnant au surplus une grande portée (9). Or ce critère, contrairement aux autres, est un authentique déterminant du congédiement pour raison personnelle : il le favorise en élargissant la liberté pour l'employeur de licencier tel ou tel salarié. Les autres critères (10) sur lesquels l'employeur n'a que peu de prises sinon aucune, encadrent au contraire son choix et préservent ainsi le caractère du licenciement non inhérent à la personne du travailleur.

Mais l'idée que le critère des qualités professionnelles constituerait un problème distinct de l'exigence d'une cause réelle et sérieuse ou de la qualification du motif économique semble par ailleurs tempérée par le législateur et la jurisprudence. On a pu ainsi chercher à réduire l'incidence des qualités professionnelles en encadrant plus strictement sa mise en œuvre (11) et en multipliant les critères à prendre en compte (12). Par ailleurs, certains tribunaux, et la Cour de cassation elle-même, ont pu décider que le non respect des critères de choix du salarié licencié était constitutif d'un licenciement sans cause (13) ; la Cour suprême paraît aussi sanctionner ce non respect par un abus de droit (14).

On constate encore que certaines réformes tendent à rapprocher le contrôle de l'ordre des licenciements du contrôle de la cause réelle et sérieuse. Il existe ainsi une similitude troublante entre l'ancienne procédure par laquelle le travailleur demandait à l'employeur les motifs de la résiliation de son contrat et l'actuelle procédure de notification au salarié des critères de choix ayant présidé à son licenciement (L. 122-14-2 du Code du travail, loi du 2-8-1989) : l'ancienne procédure a tout simplement trouvé un nouvel objet, sans être en rien modifiée, dans la notification de ces critères. Mais si ces procédures sont identiques, n'est-ce pas parce qu'elles répondent à un même besoin, en l'occurrence donner au salarié des précisions sur les raisons exactes de la rupture ?

De même, depuis la réforme du 2 août 1989, les critères de choix des salariés congédiés peuvent être communiqués pour un licenciement économique individuel (L. 321-1-1 dern. al. Code du travail). Auparavant, « l'ordre des licenciements » ne s'appliquait qu'en présence d'une procédure collective de licenciement. Si l'employeur ne se séparait que d'un seul salarié, il était donc libre de choisir le travailleur qu'il congédiait pourvu qu'il justifiait d'un motif économique. L'ordre des licenciements apparaissait donc comme une question, de nature collective, distincte du choix de la personne congédiée

individuellement. Dans le même temps, les « qualités professionnelles » pouvaient bien entendu avoir une incidence dans l'une comme dans l'autre des ruptures. Mais il s'agissait d'un critère admis quand plusieurs salariés étaient licenciés en même temps tandis que la législation ne le prenait pas en compte s'il y avait un licenciement individuel. La réforme de 1989 apporte ici une nécessaire clarification en reconnaissant que tout licenciement économique peut aussi être prononcé en considération des qualités propres à la personne du travailleur.

## B — LE CONTEXTE SOCIO-PROFESSIONNEL DU RECOURS DU SALARIÉ

La notion de licenciement pour motif économique n'est donc pas d'un abord facile et le droit en vigueur répond mal aux problèmes qui se présentent. Or, certains salariés sont particulièrement démunis face à ces difficultés. Isolés dans leur entreprise, ils ne bénéficieront, ni des informations, ni des négociations qui peuvent s'engager entre les représentants du personnel et l'employeur. Ils n'ont alors d'autre possibilité, s'ils désirent s'opposer à la mesure prise à leur encontre, que de saisir le conseil de prud'hommes postérieurement à la rupture du contrat de travail. Ainsi, la population salariale qui se présente devant la juridiction prud'homale afin de contester le motif économique allégué ne correspond pas à celle qui subit en France de tels licenciements.

En 1988, la moitié des travailleurs qui ont saisi le bureau de jugement du conseil de prud'hommes afin de contester leur licenciement économique (procédure et fond) étaient issus d'établissements d'un à neuf salariés. Au moins 66% de ces travailleurs étaient issus d'établissements inférieurs à 50 salariés. Les établissements de 100 salariés et plus ne regroupaient que 7% des recours. Il s'agissait généralement d'entreprises à établissement unique. Pourtant, fin 1987, les salariés du secteur privé travaillant dans des établissements d'un à neuf salariés ne représentaient par exemple que 24% des travailleurs de ce secteur (15).

De plus, alors que l'essentiel des licenciements économiques sont des licenciements collectifs, neuf recours sur dix sont le fait de travailleurs isolés : il est rare que plusieurs salariés engagent simultanément des actions judiciaires contre leur employeur. D'une part, il semble que bien des salariés qui se présentent devant la juridiction prud'homale aient fait l'objet d'un licenciement économique individuel. D'autre part, la résolution des conflits

(9) La liste des critères n'est qu'indicative (Soc. 15.10.1969 *D.* 1970.14 ; l'employeur est seul juge des qualités professionnelles de ses salariés (Soc. 21.2.1990 *Droit social* 1990? 524. Il semble cependant qu'une évolution se fasse jour sur ce point. Ainsi est-il exigé que l'employeur communique les éléments objectifs ayant présidé au choix du salarié licencié (Soc. 24.2.1993, 387).

(10) Cf. l'article L. 321.1.1 Code du travail.

(11) Depuis la réforme d'août 1989, les qualités professionnelles doivent être appréciées par catégorie professionnelle (L. 321.1.1 al. 1 Code du travail).

(12) Depuis l'ordonnance du 24.5.1945 qui ne retenait que trois critères (les charges de famille, l'ancienneté dans l'établissement, les qualités professionnelles), plusieurs réformes sont venues

étendre et préciser les éléments à prendre en compte : loi du 4.8.1982, loi du 30.7.1987, loi du 2.8.1989.

(13) Soc. 4.4.1990 *Droit ouvrier* mai 1990, 498.

(14) Soc. 7.2.1990 *RJS* 1990, 150 : La Cour suprême ne retient dans cet arrêt ni la sanction d'une absence de cause réelle et sérieuse ni celle d'un défaut de procédure, mais une sanction « *sui generis* ». Or, cette solution paraît implicitement consacrer la réparation d'un abus de droit dont on sait qu'il ne sanctionne pas spécifiquement une erreur sur le fond ou sur la forme mais l'application fautive d'un droit. (Contra : il n'y aurait selon certains auteurs que la simple sanction d'une irrégularité procédurale : SAVATIER J. : « L'ordre des licenciements dans les licenciements pour motif économique » *Droit social* juin 1990, 515).

(15) Sources : L.S. doc. n° 83/88 T, 3.

dans le seul cadre de l'entreprise est facilitée par les procédures de consultation propres aux grands licenciements collectifs.

Mais il apparaît aussi que ceux qui décident d'engager une action judiciaire agissent sans s'être concertés avec les autres salariés licenciés ou avec les représentants du personnel. D'une part, les représentants du personnel sont souvent absents des petites entreprises. On ne trouve un délégué du personnel que dans les établissements de plus de dix salariés (L. 421-1 Code du travail). De plus, la proportion de travailleurs couverts par cette institution dans les établissements de 11 à 49 salariés n'était en 1988 que de 44% (16). D'autre part, le travailleur entend surtout contester le motif du licenciement par rapport à sa personne ou à sa position personnelle dans l'entreprise. Il s'agit d'ailleurs de salariés souvent mal intégrés à l'entreprise. Leur ancienneté est souvent faible : au moins 17% ont moins d'un an d'ancienneté dans l'entreprise (contre 10, 25% en moyenne en France (17)). Leurs fonctions les rendent particulièrement sensibles aux aléas du marché. On trouve ainsi une proportion importante de commerciaux.

On doit souligner que ces caractéristiques, si elles ne correspondent pas à celles des salariés qui ont été licenciés pour raison économique en France, sont par contre conformes aux spécificités socio-professionnelles de l'ensemble des litiges prud'homaux. Aussi, en matière de licenciement, par delà la diversité des motifs invoqués par l'employeur (motifs économiques, motifs disciplinaires...), ce sont bien des conditions sociales spécifiques qui favorisent la saisine de la juridiction prud'homale. Comment ne pas émettre l'hypothèse que ces conditions particulières font naître des griefs communs à l'ensemble des litiges prud'homaux, quelle que soit la nature du contentieux ?

#### C — DES CARACTÉRISTIQUES DU CONFLIT DANS L'ENTREPRISE À CELLES DU LITIGE DEVANT LES CONSEILS DE PRUD'HOMMES

Les salariés qui contestent la cause de leur licenciement économique ne s'appuient pas pour l'essentiel sur des arguments d'ordre technique ou financier. C'est pourtant bien à une telle argumentation que l'on pourrait *a priori* s'attendre dans le cadre de ce contentieux. On constate d'abord que les travailleurs utilisent peu de moyens chiffrés. Il n'existe généralement pas d'analyse comptable détaillée de la situation de l'entreprise susceptible de permettre une contestation des motifs invoqués par l'employeur. Les chefs d'entreprise présentent aussi une argumentation économique assez succincte. Certes, ils rapportent par exemple l'existence d'un déficit d'exploitation ou une baisse du chiffre d'affaires. Mais la démonstration s'arrête généralement à la constatation de l'évidence d'un motif économique appuyé sur quelques bilans synthétiques.

On pourrait croire qu'il n'y a là que la description d'un litige « en trompe l'œil » : les raisons invoquées par l'employeur seraient incontestables ; le salarié n'aurait aucun élément à lui opposer. Il est d'ailleurs vrai que le salarié est généralement démuné pour aborder le débat sur un plan technique. Les éléments d'information sont aux mains du seul employeur, qui en communique un

minimum... Ni le travailleur, ni son défenseur n'ont généralement la compétence pour procéder à un examen approfondi de la situation économique ou financière de l'entreprise. Une expertise serait alors nécessaire.

Cependant, les salariés développent d'autres arguments qui n'ont qu'un rapport indirect avec la « cause » économique. Ils tendent à contester l'existence même d'un motif économique. L'un des moyens le plus souvent avancé est celui de l'absence d'une suppression d'emploi. Cette absence fait présumer l'inexactitude du motif économique, surtout si elle s'accompagne d'une embauche ultérieure au même poste : le maintien de l'emploi en l'état laisse entendre que le licenciement a été surtout dicté par la personne du travailleur.

Mais l'existence même d'une suppression d'emploi ne légitime pas nécessairement le motif patronal aux yeux du salarié. Il est en effet difficile de faire précisément le lien entre la cause originelle alléguée (difficultés financières, restructuration...) et la solution économique choisie (le licenciement) à moins de démontrer l'incidence et la pertinence de cette solution en fonction de cette cause. La porte est donc ouverte à de nombreuses suppositions sur les mobiles exacts du licenciement. Les salariés vont donc logiquement s'attacher à démontrer l'inexactitude du motif invoqué par l'employeur en alléguant que les raisons profondes du licenciement sont inhérentes à la personne du travailleur.

Les salariés soulignent par exemple l'incohérence du comportement de l'employeur à leur égard (ainsi des procédures qui ne suivent que partiellement celles des licenciements économiques, laissant supposer que l'employeur entendait à l'origine congédier le salarié pour d'autres raisons). Ils tentent par tout un faisceau d'indices de faire apparaître une suspicion quant aux mobiles réels du licenciement (échanges de courriers, pressions sur le salarié...). Les travailleurs invoquent donc des raisons qui tiennent aux relations qu'ils ont entretenues avec l'employeur, afin de prouver que les critères personnels sont finalement prééminents dans la décision du licenciement.

Il est remarquable que les employeurs utilisent des arguments proches pour rendre compte de leur décision. Le plus souvent les moyens patronaux ne visent pas à minimiser l'incidence de la personne du salarié dans le choix de la personne licenciée. Le motif économique une fois invoqué, l'employeur insiste souvent sur la personnalité et les compétences du travailleur pour justifier la rupture. Il répond ainsi aux griefs du salarié. Mais là où le travailleur cherche à recréer un lien, jouant de l'imperfection d'un motif économique général pour justifier d'une mesure individuelle, l'employeur tente de maintenir une distinction entre le motif du licenciement et le choix du licencié, distinction qui alimente finalement le litige.

Les ambiguïtés du licenciement pour motif économique favorisent donc l'émergence des litiges prud'homaux. Mais la spécificité de ce contentieux tient aux conditions sociales qui incitent au recours devant les conseils de prud'hommes et non aux motifs invoqués. Les rapports de travail, souvent très individualisés, dans les petites entreprises, l'absence de débats cadrés et institutionnalisés avec les représentants du personnel expliquent tout

(16) SES minist. du Trav. L.S. n° 6454 28.11.1990 M. 42.

(17) Enq. sur l'emploi mars 1987 INSEE, PA06.

à la fois la saisine des conseils de prud'hommes et les caractéristiques de ce contentieux. Les débats auxquels donnent lieu ces procès les rapprochent d'ailleurs du contentieux prud'homal des licenciements pour raison personnelle. Cette proximité est accentuée par le fait que nombre de licenciements pour des motifs inhérents à la personne du travailleur ont lieu alors que l'entreprise connaît des difficultés économiques (18).

Du reste certains employeurs font valoir cette circonstance économique pour justifier *a fortiori* la résiliation du contrat de travail pour motif personnel. Cette dernière circonstance n'a cependant pas les mêmes conséquences juridiques que pour les licenciements économiques « mélangés » de considérations tenant à la personne du travailleur. Si la faute contractuelle existe, la rupture du contrat de travail qui est la suite logique de cette inobservation rend superfétatoires les arguments tenant au contexte économique dans lequel le licenciement a eu lieu.

## II. — LE CONTRÔLE PRUD'HOMAL

Les juges sont tenus par l'objet du litige et les conclusions des parties (art. 4 et 5 NCPC). Les conseillers prud'hommes ne sont pourtant pas contraints de respecter une procédure simplement accusatoire. Il leur appartient d'apprécier le caractère réel et sérieux des motifs « *au vu des éléments fournis par les parties et au besoin après toute mesure d'instruction* » (L. 122-14-3 Code du travail). Mais, généralement, les juges ne procèdent pas à un contrôle approfondi de la cause réelle et sérieuse (A). Ils vérifient avant tout l'exactitude du motif économique (B). Cette tendance, qui respecte étroitement les moyens développés par les parties, correspond aussi à certaines caractéristiques traditionnelles du contrôle prud'homal (C).

### A — UN CONTRÔLE RESTREINT DE LA CAUSE RÉELLE ET SÉRIEUSE

Les juges prud'homaux examinent en général superficiellement la réalité du motif économique invoqué. Si l'entreprise argue de difficultés économiques, les conseillers prud'hommes observent généralement la situation financière globale de l'entreprise. Ils procèdent rarement à une véritable analyse des comptes (19). Les difficultés invoquées par l'employeur sont largement reçues par les conseillers prud'hommes. Non seulement un déficit d'exploitation justifie le licenciement, mais encore des pertes limitées à un service, la perte de provisions ou une simple baisse d'activité (sans déficit général). De plus,

(18) Selon notre enquête, dans 21% des affaires où se manifestent des difficultés économiques ou une restructuration, hors contentieux du licenciement économique.

(19) Par exemple, l'analyse de ratios tels que le résultat d'exploitation en pourcentage du chiffre d'affaires ou les charges de personnel par rapport au chiffre d'affaires.

(20) Certains juges ont pu admettre la restructuration sur la constatation de la suppression effective de quelques postes.

les juges constatent seulement ces résultats sans en rechercher les raisons précises (conjoncture extérieure, politique financière, d'investissement, politique commerciale...). Ils admettent donc que la situation financière de l'entreprise est une donnée objective alors qu'elle peut être la résultante, parfois délibérément voulue, d'un choix de gestion.

Se refusant à porter une appréciation sur les difficultés que connaît l'entreprise, les juges ne peuvent qu'admettre *a priori* toute décision de l'employeur visant à adapter son outil de production. Ils approuvent les licenciements consécutifs à une restructuration ou une modernisation décidée pour rétablir une situation financière compromise. Ils jugent aussi légitimes les licenciements décidés en vue de prévenir des difficultés économiques ou de maintenir dans le futur les résultats positifs, de l'entreprise. Enfin, sans exiger qu'on leur en donne les raisons, ils reconnaissent légitimes certaines restructurations, même d'ampleur limitée (20).

En pratique, on constate que la façon dont est engagé l'examen de la réalité conditionne le contrôle du sérieux des motifs : aucune vérification de l'opportunité du licenciement ne peut être conduite sans un examen méticuleux des faits. En fait, le contrôle du sérieux dépend largement d'une analyse approfondie des événements allégués par l'employeur (21). En effet, l'appréhension d'un motif économique est très complexe. L'entreprise est en interaction avec un marché, un environnement économique, des partenaires financiers et commerciaux. Aussi n'existe-t-il pas en général un événement unique et circonscrit, extérieur à l'exploitation, auquel le chef d'entreprise fait face. L'employeur effectue en fait des choix de gestion en fonction de circonstances présentes ou qu'il juge prévisibles ou souhaitables.

Mais si l'examen minutieux de la réalité économique permet d'apprécier l'opportunité du licenciement en fonction du motif allégué, un contrôle restreint ne suffit pas toujours à faire ressortir des faits véritablement objectifs, sinon même parfois l'exactitude du motif économique (22).

### B — LE CONTRÔLE PRÉDOMINANT DE L'EXACTITUDE DU MOTIF ALLÉGUÉ

Les conseillers prud'hommes s'attachent surtout à vérifier que la mesure individuelle de licenciement a bien eu lieu pour une raison économique, nonobstant la présence du motif général allégué par l'employeur. Pour ce faire, ils examinent attentivement les circonstances qui entourent la rupture du contrat de travail. Les juges vérifient ainsi au préalable que les motifs économiques

(21) On peut certes, en matière de licenciement économique, opérer une distinction entre l'examen de la réalité et du sérieux. Mais il s'agit alors de préciser les objectifs que l'on peut assigner à l'un et l'autre des contrôles (cf. NORMAND J. : « Le contentieux, nouvelles perspectives » *Droit social* 1987.259 ; SUPIOT A. : « Le contrôle prud'homal des licenciements économiques » *Droit social* 1987.268.

(22) Ainsi a-t-il fallu un contrôle particulièrement étroit des comptes d'un employeur pour constater qu'un déficit avait été volontairement organisé par le transfert de capitaux d'une entreprise à une autre, tenue par le même propriétaire (c.p. Rennes, A.D. 15.10.1987 R655/86).

du licenciement ont été précisément notifiés. Ils présumant sans cause la résiliation du contrat de travail en l'absence de toute procédure ou si l'employeur a communiqué des motifs vagues ou contradictoires (23). Les conseillers prud'hommes déclarent aussi injustifiés les licenciements intervenus en violation des obligations de consultation et d'information des représentants du personnel, en présence d'un licenciement collectif (24). Parfois, ils relèvent tout à la fois l'absence de notification des motifs du licenciement et de graves fautes dans le cadre des obligations contractuelles (non paiement de salaires) pour juger globalement le licenciement sans cause.

Mais il s'agit bien de sanctionner avant tout le comportement blâmable de l'employeur. C'est dans cette optique qu'il faut replacer le contrôle privilégié effectué sur les suppressions d'emploi. L'absence de suppression d'emploi fait en effet présumer l'inexactitude du motif économique invoqué. Celui-ci ne serait qu'un prétexte.

La conception dominante que se font les juges prud'hommes de la notion d'emploi ne s'appuie pas prioritairement sur le lien contractuel liant un employeur à un salarié (25). On retrouve certes cette conception dans l'analyse des modifications substantielles des contrats de travail. Dans ce cas, les éléments essentiels du contrat de travail peuvent être tout autant le salaire, les conditions de travail, les horaires que le contenu du travail. Mais le plus souvent, les juges s'en tiennent à la seule notion matérielle du « poste de travail ». C'est l'embauche ultérieure d'un nouveau salarié au même poste qui démontre la permanence de l'emploi. Cette conception étroite de l'emploi limite les investigations du juge et préserve l'autonomie de gestion de l'employeur. Le chef d'entreprise n'a pas à faire la preuve d'un reclassement possible. Il peut licencier un travailleur et embaucher de façon concomitante sur un poste nouveau, qui aurait pu être occupé par le salarié licencié (26).

De plus, la notion de poste de travail (ensemble des tâches exécutées par un travailleur) est distincte de la notion de fonction. Cette dernière définit le rôle de chaque travailleur dans l'organisation et l'activité globales de l'entreprise. L'employeur peut donc supprimer certains postes et en répartir les fonctions sur les travailleurs restants, moderniser l'appareil de production ou faire appel à la sous-traitance. La fonction ne disparaît cependant pas. Dans la mesure où les motifs financiers ou techniques de ces remaniements ne seront pas examinés étroitement et en opportunité, seul un abus manifeste dans le droit de résilier un contrat de travail peut

donc être décelé au travers de l'embauche au même poste d'un nouvel employé.

Tirant les conséquences juridiques ultimes du comportement de certains employeurs, les juges constatent parfois que l'attitude patronale vise seulement à nuire au travailleur. Des faits d'espèce, ils dégagent alors les raisons exactes du licenciement, qui tiendront généralement à la personne du travailleur, et dénie toute légitimité à la résiliation du contrat de travail (27). Avant même la réforme de 1989 instituant la communication des critères de choix du salarié congédié en cas de licenciement économique individuel, les conseillers prud'hommes prenaient clairement en compte l'existence de tels critères afin de mesurer s'ils n'avaient pas été prédominants dans la cause du licenciement.

### C — LE POIDS DES TRADITIONS DANS LE CONTRÔLE PRUD'HOMAL

Le contrôle exercé par les conseillers prud'hommes est en définitive fortement marqué par le mode de fonctionnement de l'institution prud'homale et par la place de l'institution dans l'ordre judiciaire et les rapports de travail en France. Juridiction de première instance, les conseils de prud'hommes subissent fortement l'emprise d'une jurisprudence hostile de longue date à une ingérence des tribunaux dans la gestion des entreprises (28). Il ne faut pas sous-estimer non plus les difficultés techniques que représente le contrôle des motifs économiques d'un licenciement.

On constate cependant que les conseillers prud'hommes ont très peu utilisé les « outils » mis à leur disposition pour faciliter le contrôle des motifs économiques des licenciements. Le décret du 29 juin 1987 n'a pas été pour l'essentiel appliqué. L'obligation de communiquer aux greffes des tribunaux les informations fournies aux représentants du personnel, dans les huit jours de la convocation au bureau de conciliation (R. 516-45 Code du travail) est assez peu respectée des employeurs. Les conseillers prud'hommes, toujours très attachés au maintien d'une tentative préalable de conciliation, ont méconnu les dispositions de l'article R. 516-47 Code du travail qui les incitaient à instruire l'affaire dès cette phase. En conséquence, les jonctions d'affaires par le bureau de conciliation prévues par l'article R. 516-48 Code du travail sont devenues en grande partie sans objet. Les délais prévus aux différents articles du décret sont peu respectés (29).

(23) On retrouve au travers de ces motifs l'application de la jurisprudence *Janousek* (Soc. 26.10.1976 *Bull. civ.* V, 251), réaffirmée récemment avec vigueur par la Cour suprême (Soc. 29.11.1990 *RJS* n° 1/91, 19).

(24) Ex. : c.p. Angers, ind. 26.4.1988 R91/87. Or l'article L. 122-14-4 dern. al. Code du travail dispose que tout licenciement collectif n'ayant pas respecté les dispositions de l'article L. 321-2 Code du travail concernant les procédures de consultation pourra être sanctionné par une indemnité calculée en fonction du préjudice subi ; cette sanction est distincte de celle d'un licenciement sans cause.

(25) Pour une notion juridique de l'emploi, cf. GAUDU F. « La notion juridique d'emploi en droit privé » *Droit social* mai 1987, 414.

(26) Ex. : c.p. Saint-Nazaire, ind. 16.6.1988 R170/87. De telles solutions n'auraient peut-être pas prévalu si la jurisprudence « *Expo- vit* » (Soc. 25.2.1992 *Droit social* 1992, 379), exigeant de

l'employeur un devoir d'adaptation à l'emploi au profit du salarié, n'était apparue dès 1988.

(27) Ex. : c.p. Nantes, com. 27.6.1988 R706 à 708/87.

(28) LOSCHAK D. : « Le rôle politique du juge administratif français » éd. LGDJ Paris 1972, 313 ; SUPLOT A. : « Le juge et le droit du travail » thèse Bordeaux 1 1979, 128, 735 ; SAINT-JOURS Y. : « Les options économiques de la jurisprudence sociale » D. 1987 chr. XXXIII, 178.

(29) En 1988, selon notre enquête, seuls 41% des séances de conciliation avaient lieu moins d'un mois après la saisine (délai d'un mois maximum selon l'article R. 516-46 Code du travail). Seuls 36% des jugements ont lieu dans les six mois de la séance de conciliation (or, l'article R.516-47 Code du travail fixe un délai de six mois maximum entre la séance de conciliation et le moment où le bureau de jugement doit statuer). Sur la question, cf. aussi JEAMMAUD A. : « L'état du contentieux judiciaire social » *Droit social* 1993, 451.

Lors de la phase de jugement, on constate que les mesures d'instruction sont à peine plus fréquentes que la moyenne. Surtout, les expertises comptables afin de vérifier précisément la situation financière de l'entreprise sont rarissimes. Les conseillers prud'hommes méconnaissent aussi le recours aux consultations ou aux constatations d'un technicien. En fait, quand une mesure d'instruction est prise (très souvent, la nomination de conseillers rapporteurs), son objet est très vaste et vise à éclairer le conseil des prud'hommes sur les circonstances du licenciement plutôt que sur le contexte économique.

Cette application « routinière » de la procédure prud'homale a ses raisons. Juridiction paritaire, les conseils de prud'hommes doivent trouver en leur sein un « *modus vivendi* » sur le contrôle à exercer. Cette nécessité, alliée au caractère non professionnel des conseillers prud'hommes, explique en partie la pratique prud'homale. Ces magistrats se forment essentiellement sur le tas. Ce sont donc les conduites traditionnellement admises qui orientent la conception qu'ont les juges de leur fonction et guident finalement leur attitude. Face à la nature des contrôles à exercer, qui touchent à la situation de l'entreprise tout entière et peuvent directement mettre en question le principe de la libre entreprise, les juges prud'hommes sont placés en position difficile. Les conseillers prud'hommes ont donc eu tendance à privilégier l'examen des conséquences pour chaque salarié des choix de l'employeur. Ils sont alors en terrain connu. Issus des milieux de l'entreprise, ils ont l'expérience concrète des relations individuelles de travail. En tant que juges du contrat individuel de travail (L. 511-1 Code du travail), ils retrouvent là un domaine juridique qu'ils connaissent bien.

La priorité accordée au contrôle de la bonne application des obligations contractuelles apparaît même dans les affaires où les juges semblent avoir renforcé l'analyse des motifs économiques allégués par l'employeur. Ce contrôle apparemment renforcé est subordonné à l'existence d'arguments principaux qui confirment déjà ou infirment la légitimité du licenciement. Les justifications novatrices des juges interviennent alors en complément. Cet examen étroit des motifs économiques a lieu en deux circonstances.

En premier lieu, les juges développent principalement des arguments qui justifient aisément le motif allégué par l'employeur (par exemple, la présence d'un déficit d'exploitation sur plusieurs années). Dans ce cas, les conseillers prud'hommes consolident parfois cette argumentation principale par des justifications novatrices qui ne seront jamais reprises pour contester la réalité et le sérieux du licenciement sur une base strictement économique. Par exemple, les conseillers prud'hommes vont juger que les licenciements sont d'autant plus justifiés que l'employeur n'a pas fait appel à la sous-traitance (30).

(30) Ex. : cp, ind. 14.6.1988 R64 à 71/88.

(31) Ex. : c.p. Nantes, com., 27.6.1988 R706 à 708/87 (licenciements suite à des revendications salariales) ; c.p. Angers, enc. 7.9.1988 R642/87 (divergences de vues entre un cadre et un employeur) ; c.p. Nantes, ind. 5.10.1988 R244/88 (mise en évidence d'une fraude à la loi).

(32) SEGUIN Ph. : « Le nouveau droit des licenciements pour motif économique », *Droit social* 1987, 182 ; NORMAND J. : « Le contentieux, nouvelles perspectives » *Droit social* 1987, 260.

(33) LANGLOIS Ph. : « Le labyrinthe infernal du salarié licencié pour motif économique » *Droit social* 1981, 290.

En second lieu, les juges ont parfois tendance à renforcer leur contrôle quand ils constatent que l'employeur a eu un comportement d'une légèreté blâmable ou a voulu nuire au salarié. En effet, cet examen qui s'apparente au contrôle de l'abus de droit se fait sous l'égide du contrôle de la cause réelle et sérieuse d'un motif économique. Les conseillers prud'hommes appuient donc leur argumentation sur les circonstances entourant le licenciement par des considérations sur le motif économique de celui-ci (31). Ils décident alors, et alors seulement, que l'employeur doit faire la preuve de l'opportunité économique des licenciements ; ils constatent que l'employeur n'a pas cherché à adapter le salarié à un nouvel emploi grâce à une formation appropriée ; ils jugent qu'il n'y a pas une suppression d'emploi si la fonction que remplissait le salarié n'a pas disparu, et bien que le poste de travail ait été effectivement supprimé ; ils engagent un contrôle sur l'ensemble d'une unité économique et sociale, refusant de circonscrire leur examen à la situation économique de la seule entreprise ayant débauché.

\*  
\* \*

Lors des réformes de 1986, nombre de commentateurs s'étaient inquiétés de l'important contentieux qu'allait occasionner devant les conseils de prud'hommes la suppression de l'autorisation administrative de licenciement (32). Une réforme concomitante à celle des licenciements économiques (loi n° 86-1319 du 30.12.1986) visait donc à adapter l'institution prud'homale à l'afflux prévisible de ce contentieux. Effectivement, la simplicité de la procédure devant les conseils de prud'hommes tranchait avec le « labyrinthe infernal » qui résultait de l'ancien partage des compétences entre les juridictions administrative et judiciaire (33).

Mais aucun encombrement du rôle des conseils de prud'hommes n'a été constaté. Ce contentieux était marginal en 1988. Il l'est resté aujourd'hui malgré une certaine progression (34). En fait, le recours aux conseils de prud'hommes n'a lieu pour l'essentiel que si certaines conditions tenant aux relations de travail dans l'entreprise sont réunies (absence de représentants du personnel, rapports informels avec l'employeur, faible ancienneté...). Certes, certaines évolutions législatives et jurisprudentielles pourraient favoriser le développement d'un nouveau contentieux (35). Ces évolutions, qui concernent plus les modalités du licenciement qu'un renforcement direct du contrôle de la cause économique, trouveront sans doute une application correcte dans les grandes entreprises. Mais pour l'heure, le contrôle prud'homal du motif économique, engagé pour l'essentiel vis-à-vis de petites et moyennes entreprises, s'avère particulièrement restreint.

(34) 2,1% seulement du total des affaires en 1991, selon le répertoire général civil (cf. sur ce point : JEAMMAUD A. : « L'état du contentieux judiciaire social » *Droit social* 1993, 450.

(35) Loi du 2.8.1989 relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion ; loi du 27.1.1993 portant sur diverses mesures d'ordre social (plans sociaux incluant des mesures de reclassement) ; arrêt « Exposit » (Soc. 25.2.1992 *Droit social* 1992, 379) : « L'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois ».