

Les mutations du motif économique de licenciement. Éclairages sur la réforme du droit français à partir du droit espagnol

Olivier Leclerc, Adoracion Guamán Hernández

▶ **To cite this version:**

Olivier Leclerc, Adoracion Guamán Hernández. Les mutations du motif économique de licenciement. Éclairages sur la réforme du droit français à partir du droit espagnol. Revue de droit du travail, 2016, 6, pp.398-404. halshs-01336373

HAL Id: halshs-01336373
https://shs.hal.science/halshs-01336373

Submitted on 11 Jan 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Les mutations du motif économique de licenciement. Éclairages sur la réforme du droit français à partir du droit espagnol.

Olivier Leclerc, chargé de recherche au CNRS, Centre de recherches critiques sur le droit (CERCRID, UMR 5137), Université Jean Monnet, Université de Lyon

Adoración Guamán Hernández, profesora titular de derecho del trabajo y de la seguridad social, Universitat de València, Espagne

paru *in Revue de droit du travail*, n° 6, 2016, pp. 398-404.

Les travaillistes français ont les yeux rivés sur le projet de loi « visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actif-ve-s », présenté au nom du premier Ministre par la ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social. Actuellement en cours d'examen au Parlement, le texte a déjà connu de nombreuses modifications par rapport au projet initial. Son adoption en première lecture à l'Assemblée nationale le 12 mai 2016, selon la procédure prévue à l'article 49 alinéa 3 de la Constitution, a coupé court à l'examen des amendements déposés. Mais de nouvelles évolutions sont probables à mesure que le texte poursuivra son parcours parlementaire. Aussi bien serait-il hasardeux de commenter les dispositions du projet de loi autrement qu'à la lumière du contexte intellectuel dans lequel il s'inscrit. De ce point de vue, le droit comparé offre le mérite de mettre en perspective les évolutions dessinées par le projet de loi en cours d'examen.

On s'arrêtera ici plus particulièrement sur les dispositions de l'article 30 du projet de loi. Le texte modifie l'énonciation, à l'article L. 1233-3 du code du travail, de la teneur du motif économique de licenciement. Dans sa version initiale, le texte devait se lire comme suit : « 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 une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires pendant plusieurs trimestres consécutifs en comparaison avec la même période de l'année précédente, soit par des pertes d'exploitation pendant plusieurs mois, soit par une importante dégradation de la trésorerie, soit par tout élément de nature à justifier de ces difficultés ; 2° A des mutations technologiques ; 3° A une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité ; 4° A la cessation d'activité de l'entreprise ». Si les points 3° et 4° s'analysent comme l'intégration dans le Code du travail de règles dégagées par la jurisprudence, et si le point 2° ne constitue qu'une réorganisation du texte existant, le point 1° offre une nouveauté remarquable. Les difficultés économiques y sont « caractérisées » par référence à une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires, des pertes d'exploitation, une importante dégradation de la trésorerie, ou par « tout élément de nature à justifier de ces difficultés », ces difficultés devant être, en outre, constatées pendant une certaine durée.

C’est précisément la durée que doivent présenter ces événements pour constituer des « difficultés économiques » qui pose question. Soucieux de ne pas laisser planer la moindre interrogation à ce sujet, le projet de loi avait précisé les choses, en suivant le canevas qu’il retient pour ordonner les dispositions au sein du Code du travail entre le « champ de la négociation collective » [ici, de branche] et les « dispositions supplétives »[1]. Las, l’édifice ainsi projeté par le projet de loi a été profondément amendé par son rapporteur. Le texte considéré comme adopté en première lecture à l’Assemblée nationale le 12 mai 2016 modifie la définition du motif économique en faisant référence, en des termes généraux, à des « indicateurs économiques » et en ajoutant parmi ces derniers l’excédent brut d’exploitation. En son état actuel, le texte se lit donc comme suit : « Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d’une suppression ou transformation d’emploi ou d’une modification, refusée par le salarié, d’un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques 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, une dégradation de la trésorerie ou de l’*excédent brut d’exploitation*, soit par tout autre élément de nature à justifier de ces difficultés » (nous soulignons). Par ailleurs, la loi prévoit désormais, non plus une clé de répartition des durées caractérisant les difficultés économiques suivant qu’il existe ou non un accord collectif, mais selon la taille des entreprises concernées. Ainsi, est-il dorénavant prévu qu’« 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 ».

Entre l’article 30 du projet de loi déposé et celui issu du texte « considéré comme adopté par l’Assemblée nationale » les changements sont loin de n’être que cosmétiques. Ces dispositions peuvent être éclairées par l’analyse des dispositions du droit espagnol. Si le droit espagnol n’est pas cité dans l’étude d’impact proposée par le Gouvernement parmi les législations d’autres « pays d’Europe [qui] sont plus prévisibles et donc plus sécurisantes »[2], il fait un écho remarquable aux évolutions envisagées par le projet de loi. Au fil des « mesures urgentes adoptées pour la réforme du marché du travail » en 2010 et 2012[3], le Statut des travailleurs a mis en place des

1 Au titre du « champ de la négociation collective » de branche, il était prévu que « la durée de la baisse des commandes ou du chiffre d’affaires mentionnée à l’article L. 1233-3 caractérisant les difficultés économiques, (...) ne peut être inférieure à deux trimestres consécutifs » et que « la durée des pertes d’exploitation mentionnée à l’article L. 1233-3 caractérisant les difficultés économiques, (…) ne peut être inférieure à un trimestre ». A défaut d’accord de branche, il était précisé, au titre des « dispositions supplétives », que « la durée de la baisse des commandes ou du chiffre d’affaire mentionnée à l’article L. 1233-3 caractérisant les difficultés économiques est de quatre trimestres consécutifs » et que « la durée des pertes d’exploitation mentionnée à l’article L. 1233-3 caractérisant des difficultés économiques est d’un semestre ».

2 Etude d’impact, 24 mars 2016, NOR : ETSX1604461L/Bleue-1, p. 266.

3 Sur ces réformes, nous nous permettons de renvoyer à nos explications dans les textes suivants : A. Guamán Hernández et O. Leclerc, « Se réformer pour mieux s’adapter ? Le droit du travail espagnol face à la crise économique », *Droit ouvrier*, n° 763, 2012, pp. 116-123 ; O. Leclerc et A. Guamán

dispositions proches – sans être identiques – de celles qu'ambitionne d'établir le premier ministre. Aussi est-il intéressant d'en analyser la teneur et la réception.

Brevitatis causa, on dira que le droit espagnol a mis en place, concernant le licenciement économique, un édifice comportant trois niveaux : 1. les causes économiques, techniques, organisationnelles ou liées à la production justifient tout un ensemble de mesures, allant de la modification du contrat de travail (art. 47 du Statut des travailleurs, *ci-après ST*) au licenciement individuel (art. 52 ST) ou collectif (article 51 ST) ; 2. la définition légale de ces causes évolue dans un sens qui intègre de plus en plus une dimension d'anticipation de difficultés futures, et non plus exclusivement des difficultés actuelles mettant en danger la survie de l'entreprise ; 3. Le pouvoir laissé au juge d'apprécier la consistance des causes économiques, techniques, organisationnelles ou liées à la production est en constante diminution.

Le premier étage de cette construction législative a été établi, pour les causes économiques et techniques, dès 1980 lors de l'adoption du Statut des travailleurs, et il n'est donc pas nécessaire d'y revenir ici. Le deuxième et le troisième sont, en revanche, le fruit des réformes du droit du travail espagnol réalisées depuis 1994. L'idée de flexibiliser les instruments normatifs disponibles permettant de réduire le nombre de travailleurs en vue de protéger l'intérêt de l'entreprise, et pas seulement sa survie, était déjà présente dans la loi n° 11/1994 du 19 mai 1994. Les lois n° 35/2010 du 17 septembre 2010 et n° 3/2012 du 6 juillet 2012 consacrent pleinement cette évolution du licenciement pour motif économique vers un outil de gestion destiné à améliorer les résultats de l'entreprise. On s'efforcera donc de démontrer ici que, suite aux réformes de 2010 et de 2012, le droit espagnol ne fait plus du licenciement économique une *ultima ratio*, ouverte à l'employeur que si aucune alternative n'existe, mais lui confère aussi la fonction de prévenir les difficultés économiques (1). Cette évolution s'accompagne d'une volonté de déterminer par avance ce qui constitue des difficultés économiques et de limiter les pouvoirs laissés aux juges pour apprécier le motif de licenciement (2). Cette tentative, qui fait écho aux intentions affichées par les promoteurs de la « loi travail » française, se heurte toutefois à des limites, et il reste à examiner l'étendue du pouvoir d'appréciation que conserve le juge (3).

-I- Prévenir les difficultés économiques

En droit espagnol, les lois n° 35/2010 et n° 3/2012 ont profondément modifié la définition du licenciement économique. Dans la version du Statut des travailleurs issue du décret-loi royal n° 1/1995 du 24 mars 1995, le licenciement pour motif économique était défini comme celui qui survient pour des causes économiques, techniques, organisationnelles ou liées à la production, étant précisé que « les causes auxquelles se réfère cet article seront considérées comme réunies lorsque l'adoption des mesures proposées contribuent, si les causes mises en avant sont économiques, à surmonter une situation économique négative ou, si les causes sont techniques, organisationnelles ou

Hernández, « Abécédaire comparé de l'Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013. Vers un lexique commun des réformateurs en Europe ? », *RDT*, n° 3, 2013, pp. 204-211 ; A. Guamán Hernández et O. Leclerc, « Quand l'État licencie pour motif économique. Radioscopie d'une cure d'amaigrissement », *RDT*, n° 7-8, 2013, pp. 505-512.

liées à la production, à garantir la survie de l'entreprise et le maintien de l'emploi en son sein au moyen d'une organisation des ressources plus appropriée ».

La loi du 17 septembre 2010 modifie ce texte aussi bien pour le licenciement économique collectif (art. 51 ST), qui concerne les licenciements d'une certaine importance[4], que pour le licenciement économique objectif qui concerne les licenciements individuels (art. 52 c. ST). Le rapprochement entre les causes de licenciement était évident depuis la réforme de 1994 mais la loi du 17 septembre 2010 accentue ce mouvement en unifiant l'appréciation de la justification des deux types de licenciements économique individuel (objectif) et collectif. Le Statut des travailleurs continue en 2010 de distinguer un licenciement pour motif économique consécutif à des causes économiques, techniques, organisationnelles ou productives. De même, il est encore indiqué que l'on a affaire à une cause économique de licenciement lorsque l'entreprise est confrontée à une situation économique négative qui est « susceptible d'affecter sa survie ou sa capacité à maintenir le volume de l'emploi ». Mais la loi de 2010 innove en apportant la précision que les ruptures des contrats de travail intervenues doivent permettre de « *préserver ou favoriser* la position compétitive de l'entreprise sur le marché ».

La réforme de 2012 accentue encore l'attachement à la préservation de l'emploi. Le texte de l'article 51.1 du Statut des travailleurs est maintenu à l'identique dans sa partie initiale : la cause économique s'entend dans l'entreprise d'une « situation économique négative, dans des cas comme l'existence de pertes actuelles ou prévues, ou comme la diminution persistante de son niveau de revenu [ou de ses ventes] », mais de manière très significative, la fin de la phrase est supprimée : il n'est plus exigé pour licencier pour motif économique que la situation économique négative à laquelle l'entreprise est confrontée soit « susceptible d'affecter sa survie ou sa capacité à maintenir le volume de l'emploi ».

Le licenciement économique prend ainsi le visage, non pas d'une ultime mesure rendue nécessaire par la préservation de l'entreprise elle-même, mais d'une mesure de gestion qui peut être prise pour faire face à des difficultés subies par l'entreprise aussi bien que pour anticiper des difficultés futures ou améliorer la position compétitive de l'entreprise. Cette évolution se produit essentiellement par la modification du motif économique de licenciement, qui intègre maintenant une dimension anticipative. Ainsi, depuis la réforme de 2010, il est possible de prononcer des licenciements collectifs « préventifs » puisque la cause économique pourra être caractérisée par l'existence de pertes « prévues ».

Cette situation a donné lieu à des critiques doctrinales. L'impact de ce changement de la définition des causes économiques n'affecte pas, en effet, seulement le licenciement. A lire le texte du Statut des travailleurs après la réforme de 2012, les mêmes causes économiques, techniques, organisationnelles ou liées à la production peuvent justifier aussi bien une modification des conditions de travail, une dérogation à l'accord collectif d'entreprise applicable, la réduction de la durée du travail, la suspension des contrats de

4 Au moins 10 salariés dans une période de 90 jours dans les entreprises de moins de 100 salariés ; au moins 10 % de l'effectif dans les entreprises employant 100 et 300 salariés ; 30 % dans les entreprises employant plus de 300 salariés.

travail et un licenciement. La variété des choix offerts à l'employeur n'apparaît pas conforme à l'ordre public du travail, tel qu'il résulte des droits et principes constitutionnels[5]. En ce sens, le *Tribunal supremo*[6] relève qu'il convient de traiter différemment les mesures d'ajustement selon que la décision de l'employeur entraîne la perte d'emplois (« flexibilité externe » ou « adaptation de l'établissement ») ou qu'elle emporte un simple changement dans les modalités d'exécution du contrat (« flexibilité interne » ou « adaptation des conditions de travail »). L'appréciation ou la conciliation différenciée des intérêts en jeu dans ces situations explique que la faculté de gérer l'organisation du travail par la flexibilité interne – qui est une manifestation de la « liberté d'entreprendre » et de la « défense de la productivité » reconnues par l'article 38 de la Constitution – soit attribuée à l'employeur avec des marges d'appréciation plus importantes que celles qui lui sont laissées pour mettre en œuvre la flexibilité externe ou « la restructuration de l'entreprise », laquelle doit être exercée en conciliant de manière appropriée « la liberté d'entreprendre » et « le droit au travail » des salariés licenciés lui-même reconnu à l'article 35 de la Constitution[7]

-II- Objectiver le motif économique de licenciement

L'exposé des motifs de la loi du 6 juillet 2012 est explicite sur les raisons qui conduisent le législateur à modifier la définition du motif économique de licenciement. Il s'agit d'écarter de la loi toutes les « références qui avaient fait naître des incertitudes » et de couper court au pouvoir donné aux juges d'apprécier l'opportunité de la mesure du point de vue de la gestion de l'entreprise. C'est cette même raison qui est invoquée pour réaliser ce qu'il est convenu d'appeler une « objectivation » des difficultés économiques. Ici, il s'agit de fixer par avance ce qui constitue une difficulté économique afin que son appréciation soit soustraite à l'empire du juge.

L'évolution qu'a connu le droit espagnol sur ce plan doit être bien mesurée. Dans sa version en vigueur à partir de 1995, l'article 51 du Statut des travailleurs relatif au licenciement collectif énonçait que constituaient une cause économique de licenciement les mesures prises par l'employeur qui « contribuent à surmonter une situation économique négative de l'entreprise ».

La disposition, était très ouverte et laissée à l'appréciation des juges. Dans une décision du 14 juin 1996[8], le *Tribunal supremo* a mentionné les éléments qui permettent de caractériser un licenciement pour motif économique : a) la survenue d'une cause ou d'un facteur déclenchant qui a un impact négatif sur la rentabilité de l'entreprise (situation économique négative) ; b) l'amortissement de plusieurs postes de travail ou de tout l'établissement ; c) l'existence d'un lien fonctionnel ou instrumental entre la rupture des contrats et la résolution de la situation défavorable de l'entreprise. Avant même la réforme de 1994, il est ressorti de la jurisprudence qu'il n'était pas nécessaire de garantir que la rupture des contrats permette effectivement de surmonter la situation économique négative. Il n'en restait pas moins que, selon la jurisprudence, la cause économique était une cause objective, qui devait être réelle, et qui nécessitait que

5 V. gr. Décision du Tribunal constitutionnel STC n° 14/1993 du 18 janv. 1993.
6 STS 17 mai 2005 (Rec. 2363/2004) ; SAN, 28 mai 2012 (Rec. 81/2012).
7 J. Orcaray, « Artículo 51 », *in* VV. AA., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, Lex Nova, 2016.
8 Rec. 3099/1995.

l'entreprise établisse l'existence de sa situation négative. Il avait aussi été jugé que la survenance de pertes continues et importantes suffisait à justifier directement le licenciement pour motif économique[9].

Dans le but de préciser les causes du licenciement économique, la loi du 17 septembre 2010 avait fait le choix de recourir à des illustrations[10]. La difficulté économique n'est pas déterminée par elle-même mais illustrée par une série d'exemples propres à guider l'interprétation du juge. Aux termes de la loi du 17 septembre 2010, « au sens de ce texte, les causes économiques [de licenciement] s'entendent d'une situation dans laquelle les résultats de l'entreprise révèlent une situation économique négative, comme l'existence de pertes actuelles ou futures [*previstas*], ou la diminution continue [*persistente*] de ses revenus, qui est susceptible d'affecter sa viabilité ou sa capacité à maintenir le volume de l'emploi. Dans ces cas, l'entreprise devra démontrer les résultats qu'elle allègue et justifier que ces résultats permettent de déduire le caractère raisonnable de la décision de rompre les contrats de travail en vue de préserver ou de renforcer sa position compétitive sur le marché ». Comme auparavant, l'existence des difficultés économiques est laissée à l'appréciation du juge, guidée par l'énonciation de certaines situations données à titre d'exemple par le législateur. Ainsi que l'énonce le texte, l'enjeu est essentiellement probatoire puisque c'est à l'employeur qu'il appartient de démontrer l'existence d'une situation économique négative ainsi que de convaincre le juge de ce que les licenciements prononcés constituent bien une réponse « raisonnable » à cette situation au regard de la position compétitive de l'entreprise.

La loi de 2012, qui est à l'origine de la version actuelle de l'article 51, élague le texte et prétend réduire, voire supprimer, les marges d'interprétation laissées au juge. D'abord, si la technique des exemples destinés à guider l'interprétation du juge n'est pas abandonnée, la liste des situations visées est élargie : aux cas déjà envisagés de « l'existence de pertes actuelles ou futures [*previstas*], ou la diminution continue [*persistente*] de ses revenus » est ajoutée la « diminution continue des ventes ». Ensuite, dans une formule qui manifeste clairement la volonté de guider l'interprétation du juge pour le futur, la loi énonce désormais que « *en tout état de cause* [nous soulignons], on considérera que la diminution est continue si pendant trois trimestres consécutifs le niveau de revenus courants [*ordinarios*] ou de ventes de chaque trimestre est inférieur à celui enregistré au même trimestre de l'année précédente ». Le même effort « d'objectivation » est fait par la loi de 2012 en ce qui concerne la possibilité offerte à l'employeur par l'article 47 ST de suspendre les contrats de travail ou de réduire la durée du travail pour des causes économiques, techniques, organisationnelles ou liées à la production. Dans cette hypothèse, la loi de 2012 a énoncé qu'« en tout état de cause, on considérera que la diminution [des revenus ou des ventes] est continue si pendant deux trimestres consécutifs le niveau de revenus courants ou de ventes de chaque trimestre est inférieur à celui enregistré au même trimestre de l'année précédente ».

La mention, dans la loi de 2012, de la formule « en tout état de cause » a suscité des interprétations divergences en doctrine. Cette formule pouvait être comprise comme

9 STS 11 juin 2008, rec. u.d. 730/2007

10 B. Gutiérrez-Solar Calvo, « La causas del despido por razones empresariales », *in* F. Valdés Dal-Re et E. Gonzáles-Posada Martínez (dir.), *La reforma del mercado del trabajo de 2010*, Madrid, Reus, 2011, p. 159 et s.

signifiant que la diminution des revenus et des ventes ne pourrait être jugée persistante « que » si elle se produit pendant trois trimestres consécutifs par rapport à la même période au cours de l'année précédente. Mais il était aussi possible de l'interpréter comme ayant à nouveau une vocation illustrative. Dans cette dernière perspective, la diminution en question n'aurait pas un caractère exclusif ; il serait aussi possible d'admettre d'autres manifestations ou d'autres éléments, même si la diminution visée par la loi ne s'était pas produite. L'analyse de la jurisprudence, sur laquelle nous reviendrons ultérieurement, donne à penser que c'est cette seconde interprétation qui a prévalu. Le texte viserait donc une hypothèse précise, sans pour autant écarter qu'autres cas de figure qui seraient à même de caractériser l'existence de la cause économique de licenciement[11].

Avant 2012, il était bien établi qu'il devait exister une connexion raisonnable entre la situation négative de l'entreprise et sa résolution au moyen des mesures envisagées, sans toutefois que soit exigée l'existence d'un lien automatique entre les mesures et les résultats visés. La loi de 2012 supprime également cette exigence. De même, la loi ne mentionne plus les finalités du licenciement pour l'entreprise (« sortir de sa situation négative » ou « préserver sa position compétitive sur le marché »).

-III- Quel pouvoir d'appréciation reste-t-il aux juges ?

Avant la réforme réalisée en 2012, la justification du licenciement était ainsi soumise à un double contrôle : d'une part, il fallait établir la cause de licenciement (précisément définie par la loi) et, d'autre part, il fallait démontrer que la décision de licencier contribuait raisonnablement à surmonter une situation économique négative ou à garantir la viabilité future de l'entreprise et de l'emploi en son sein. Ces deux éléments ont été modifiés par la loi de 2012 : les causes ont reçu une définition concrète et l'analyse finaliste de la décision de licencier a été supprimée. L'objectif clairement assumé par le législateur était d'éliminer « l'incertitude » découlant de l'appréciation judiciaire des mesures de licenciement, les tribunaux étant taxés de prononcer « à de nombreuses occasions des jugements d'opportunité sur la gestion des entreprises ».

Ces modifications ont fait naître des débats très importants sur l'étendue du contrôle que le juge peut exercer sur les mesures prises par les employeurs. Certains auteurs affirment que les pouvoirs du juge ont été fortement réduits alors qu'une partie de la doctrine travailliste soutient, au contraire, que le juge social conserve un important pouvoir de contrôle, si ce n'est même un pouvoir renforcé sur certains aspects au détriment des pouvoirs des syndicats. Ainsi, pour Aparicio Trovar, il ne serait pas possible de supprimer l'appréciation du caractère raisonnable de la mesure de licenciement, car les intérêts en jeu dans la relation de travail ont un caractère essentiellement contradictoire, qui appelle une conciliation judiciaire. Quel que soit l'objectif poursuivi par le législateur, il incombe donc au juge d'apprécier si la justification donnée par l'employeur à l'appui de la décision de licencier a tenu compte des différents intérêts en cause, et partant d'apprécier le caractère raisonnable de la mesure[12]. Cette analyse est renforcée par celle de Monereo qui estime que la limitation apportée au pouvoir d'appréciation du juge, ne fait pas échec au contrôle du caractère

11 J. Orcaray, « Artículo 51 », *in* VV. AA., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, Lex Nova, 2016.

raisonnable de la rupture des contrats de travail, dès lors que cette exigence trouve son fondement dans des textes de valeur plus élevée que la loi, comme la Constitution (art. 35), la Convention n° 158 de l'OIT (art. 4, 8 et 9) et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (art. 30)[13]. A cet égard, il faut rappeler que le Tribunal constitutionnel espagnol a considéré que fait partie du principe de stabilité de l'emploi l'exigence de causalité du licenciement, c'est-à-dire le droit de ne pas être licencié sans qu'il existe pour cela une juste cause[14]. Cette nécessité d'un licenciement causé fait partie de l'essence même du contrat de travail et exclut le licenciement sans cause en dehors de la période d'essai.

D'autres auteurs ont cependant soutenu des positions contraires. Ainsi, Goerlich et Blasco estiment que la réforme renvoie clairement à l'appréciation discrétionnaire de l'employeur la détermination des mesures propres à résoudre les difficultés économiques, techniques, organisationnelles ou productives. Dès lors, au vu de la clarté des textes sur ce point, on ne saurait, selon ces auteurs, « ressusciter, à la faveur de l'interprétation, l'appréciation du caractère raisonnable de la mesure ». Aucun manquement n'est apporté, estiment-ils, aux dispositions constitutionnelles, notamment à l'article 35.1 de la Constitution, tel qu'il est interprété à la lumière des normes internationales du travail[15]. Le Tribunal Constitutionnel a adopté une décision en ce sens le 25 février 2015[16].

Plusieurs juridictions du fond espagnoles ont cependant maintenu le contrôle du juge que la loi de 2012 avait entendu limiter, sinon supprimer. Plusieurs fondements juridiques ont été mobilisés par les tribunaux pour maintenir un contrôle du licenciement pour motif économique. Certains tribunaux ont estimé que, nonobstant les dispositions de la loi de 2012, il reste nécessaire pour le juge d'appliquer les principes généraux du droit commun, notamment le principe de la bonne foi qui oblige l'employeur à adopter une mesure nécessaire et à ne pas décider un licenciement abusif[17]. D'autres ont estimé que priver les juges de la possibilité de contrôler l'existence du motif de licenciement contreviendrait aux dispositions de l'article 9.3 de la Convention OIT n° 158[18]. Ainsi, l'*Audiencia Nacional* a jugé que la disparition des « justifications finalisées » de l'article 51.1 du Statut des travailleurs, qui obligeaient

12 J. Aparicio Trovar, « Las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción como justificativas del despido », *in* A. Baylos Grau (coord), *Política de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma del 2012*, Albacete, Bomarzo, 2012, p. 269 et s. ; J. Aparicio Trovar, « Las causas del despido basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa », *Revista de derecho social*, nº 57, 2012, pp. 161 et s.

13 J. L. Monereo Pérez, « El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012 », *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 115, 2012, pp. 324 et s. Dans le même sens, voir M. Fálguera Baró, *La causalidad y su prueba en los despidos económicos, técnicos, organizativos y productivos tras la reforma laboral*, Albacete, Bomarzo, 2014, pp. 54 et s.

14 STC 22/1981 du 2 juill. 1981.

15 J. M. Goerlich Peset, « Causas y procedimiento extintivos reformados en 2012: experiencia aplicativa e incertidumbre subsistentes », *in* I. García Perrote et J. Mercader Uguina (coord), *La aplicación práctica de la reforma laboral. Un estudio de ley 3/2012 y de los reales decretos-leyes 4/2013 y 5/2013*, Thompson Reuters, 2013, p. 176. Dans le même sens, voir A. Blasco Pellicer, « Extinción del contrato de trabajo. Despido colectivo y por fuerza mayor », *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 100, 2012, p. 217 et s.

16 STC n° 8/2015 du 25 févr. 2015.

17 Voir notamment STJS de Galicia du 13 déc. 2012, 48/2013.

18 Dans ce sens voir SAN du 28 sept. 2012, 106/2012 ; STJS Cantabria du 26 sept. 2012, 708/2012.

l'entreprise à démontrer le caractère raisonnable de la rupture du contrat de travail, ne remettait pas en cause la nécessité d'un « rapport de fonctionnalité » entre les difficultés économiques constatées et les mesures prises par l'employeur en réaction. Ainsi que l'énonce la juridiction :

> « Il est vrai que la rédaction actuelle de l'article 51.1 du Statut des travailleurs ne mentionne plus la nécessité d'adopter des mesures qui contribuent à surmonter la situation économique négative ou à maintenir l'emploi. Il reste cependant nécessaire, en vertu de ce rapport fonctionnel qui dérive en dernière analyse de la Convention n° 158 de l'OIT, que la rupture des contrats de travail permette d'adapter le fonctionnement de l'établissement à la conjoncture actuelle de l'entreprise. (…) Le licenciement sera justifié s'il existe une situation économique négative ou une innovation technique, organisationnelle ou productive qui a un effet réel sur les contrats de travail, qui deviennent inutiles puisqu'ils ont perdu leur fonction économique et sociale : « le travail qui pourrait être fourni n'a plus d'utilité patrimoniale pour l'entreprise » (A. Desdentado Bonete). Par conséquent, l'entreprise ne doit pas seulement démontrer la survenance des causes de licenciement proprement dites, mais doit aussi établir quels sont leurs effets sur les contrats de travail, ces effets devant justifier la rupture des contrats. (…) [Dès lors,] la connexion fonctionnelle entre la cause économique ou productive et la rupture des contrats de travail n'a pas disparu ; c'est seulement sa formulation qui a été modifiée »[19].

La décision du *Tribunal supremo* du 26 mars 2014[20] montre aussi le ressort qu'offre le droit au juge pour justifier le maintien d'un contrôle judiciaire en dépit de la lettre de la loi de 2012. Analysant la loi de 2012, le tribunal relève d'abord que la nouvelle rédaction légale pourrait « donner à penser – à tort, de [son] point de vue – que les critères de raisonnabilité et de proportionnalité qui étaient appréciés en justice avant la réforme ont été supprimés. De sorte que l'on pourrait penser que, dans la rédaction actuelle de la loi, le contrôle judiciaire serait limité à vérifier que les ‘‘raisons'' – et les modifications – restent bien en relation avec ‘‘la compétitivité, la productivité ou l'organisation de la production [*técnica*] ou du travail dans l'entreprise'' ». Cela étant, et bien que le tribunal reconnaisse également qu'il ne lui appartient nullement – pas plus qu'avant la réforme de 2012 – de porter un jugement d'opportunité sur les décisions de gestion de l'employeur, le tribunal affirme que le droit d'accès au juge garanti par l'article 24.1 de la Constitution espagnole[21]

> « 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

19 Voir. SAN, Sala de lo Social, 15 oct. 2012, nº 112/2012 ; SAN, Sala Social, 21 nov. 2012, nº 142/2012 ; SAN, Sala de lo Social, 18 déc. 2012, nº 166/2012 ; SAN, Sala de lo Social, 4 avr. 2013, nº 63/2013 ; SAN, Sala de lo Social, 4 juill. 2013, nº 140/2013. Voir A. E. Domínguez Montoya, « Del control judicial en los despidos por necesidades empresariales tras la reforma laboral de 2012: alcance, estado actual y crítica », *IUSLabor*, 3/2015.

20 Décision du *Tribunal Supremo* (Sala de lo Social), 26 mars 2014, recours nº 158/2013 (TELEMADRID).

21 Constitution espagnole, art. 24. 1 : « Chacun a le droit d'obtenir l'intervention [*la tutela*] effective des juges et des tribunaux pour l'exercice de ses droits et intérêts légitimes, sans qu'il ne soit en aucun cas justifié que ce droit soit refusé [*sin que (...) pueda producirse indefensión*] ».

> d'exiger que la mesure prise soit la meilleure pour atteinte l'objectif poursuivi (ce qui relève, on l'a dit, du pouvoir de direction de l'employeur), mais implique que le mesure soit en adéquation [*se adecue idóneamente*] avec cet objectif (jugement d'adéquation) ».

En somme, ainsi que le résume le *Tribunal supremo*, « il appartient aux organes juridictionnels de juger non seulement de l'existence des causes alléguées, mais aussi de l'adéquation raisonnable entre les causes invoquées et la mesure [de licenciement] prise ». De manière synthétique, dans une décision du 17 juillet 2014[22], le *Tribunal supremo* réaffirme « la nécessité de maintenir un contrôle judiciaire en dehors de la ''cause'' [de licenciement], non seulement en raison des intérêts constitutionnels et des engagements internationaux qui sont en jeu, mais aussi en application des principes généraux relatifs à l'exercice des droits ». Cette position signe l'échec de la mise à l'écart du juge et signale les limites de « l'objectivation » de la cause économique poursuivie par le législateur.

Conclusion

Il est frappant de constater combien l'article 30 du projet de loi « visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actif-ve-s » rapproche le droit français des dispositions du Statut des travailleurs espagnols.

Ce rapprochement ne doit cependant pas masquer des différences qui subsistent. D'abord, on relèvera que le droit espagnol énonce non seulement ce qu'il faut entendre par « cause économique », mais qu'il précise également en quoi consistent les causes « techniques », « organisationnelles » et « liées à la production ». On ne manquera pas de s'interroger alors sur les raisons qui expliquent que le projet El Khomri précise en quoi consistent les difficultés économiques mais ne prenne pas la même peine pour les mutations technologiques, la réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise, la cessation d'activité.

Ensuite, en s'en tenant à l'effort « d'objectivation » des difficultés économiques, le rapprochement entre le droit positif espagnol et les dispositions du projet de loi dans leur état actuel fait ressortir des différences. Le choix est fait en France, et non en Espagne, de tenir compte de la taille de l'entreprise – argument pris de ce que les difficultés économiques ne sont pas les mêmes pour une entreprise de petite taille dont la trésorerie est réputée plus fragile –, ce qui autorise à caractériser la difficulté économique dès qu'une baisse significative des commandes ou du chiffre d'affaires a été au moins égale à un trimestre (par comparaison avec le même trimestre au cours du précédent exercice comptable) pour une entreprise de moins de onze salariés. L'édifice proposé par le projet de loi en France vient renforcer l'importance des seuils d'effectif en droit du travail en leur conférant un nouvel effet en matière de droit du licenciement, en lien avec l'appréciation des juges.

Au-delà de cet aspect, qui pourra éventuellement faire l'objet d'une discussion constitutionnelle[23], on peut constater que la disposition proposée par le projet de loi mentionne une grande variété d'« indicateurs économiques » (baisse des commandes ou

22 Décision du 17 juill. 2014, nº 32-2014.

23 Rappr. Conseil constitutionnel, n° 2015-715 DC, 5 août 2015, *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*.

du chiffre d'affaires, pertes d'exploitation, dégradation de la trésorerie ou de l'excédent brut d'exploitation), la liste étant laissée ouverte (« tout autre élément de nature à justifier de ces difficultés »), quand le droit espagnol ne mentionne que la diminution continue du niveau de revenus courants ou de ventes. Contrairement au droit espagnol, les indicateurs économiques mentionnés par le projet de loi français renvoient à différents ratios calculés par la comptabilité analytique de l'entreprise[24] : chiffre d'affaires, résultat d'exploitation, budget de trésorerie, excédent brut d'exploitation. La comptabilité analytique mise en place au sein de l'entreprise et les prévisions de recettes établies par l'employeur deviennent les vecteurs de l'objectivation des difficultés économiques propres à justifier un licenciement. On ne saurait mieux dire l'éviction du pouvoir d'appréciation du juge des difficultés économiques et de leurs conséquences au profit des spécialistes du chiffre dans l'entreprise et de ceux de la certification des comptes.

24 Pour une analyse approfondie des liens entre la description comptable et financière de l'activité de l'entreprise et le droit du licenciement, voir S. Jubé, *Droit social et normalisation comptable*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et Économie », 2011, préf. A. Supiot et Y. Lemarchand.