



INFORMATION relative au rapport du conseiller rapporteur

Le présent rapport a été établi par un magistrat de la Cour de cassation, désigné conseiller rapporteur, en vue d'instruire une affaire (le « pourvoi en cassation ») soumise à la Cour de cassation. Au vu de ce rapport et des autres documents de la procédure, et après en avoir délibéré dans une formation de jugement comportant plusieurs juges, la Cour de cassation a tranché l'affaire par un arrêt, également diffusé sur Judilibre. Ce rapport est un document de travail préparatoire établi, d'abord, à l'intention des magistrats du siège de la Cour appelés à trancher l'affaire. Ces magistrats sont des spécialistes de la question de droit examinée dans le rapport, qui n'a dès lors pas vocation à faire une présentation doctrinale de l'état du droit, mais à procéder à l'analyse de la procédure, des éléments de droit pertinents et des éventuels enjeux juridiques de l'affaire. Conformément au principe du contradictoire, ce document est également communiqué aux parties ou à leurs avocats, ainsi qu'à l'avocat général. Enfin, ce rapport fournit une analyse à l'issue de laquelle le conseiller rapporteur ne donne pas son avis, lequel est soumis au secret du délibéré. Le rapport est donc toujours complété par deux autres documents établis par le rapporteur à l'intention des autres magistrats de la formation de jugement : une note d'avis et le ou les projets d'arrêts qu'il a préparés. Ces documents ne sont pas accessibles sur Judilibre.

N° C2510107	3 décembre 2025	SO	
Décision attaquée : 11 décembre 2024 de la cour d'appel de Paris			

la société Bdl Capital Management C/ M. [Z] [Q]	
rapporteur : Alain Carillon	RAPPORT

RAPPORT COMMUN AUX POURVOIS

C2510107, D2510108, X2511252 et Y2511253

TABLEAU SYNOPTIQUE DU RAPPORTEUR	
Identification des points de droit à juger	Pouvoir d'appréciation du juge quant aux indicateurs économiques (baisse des commandes et du chiffre

	d'affaires) de l'article L 1233-3 1 ° du code du travail
Appréciation de la question posée	☐ question complexe ☒ question nouvelle importante ☐ question transversale à plusieurs chambres ☐ question sériele
Proposition de rejet non spécialement motivé (art. 1014 CPC)	Premiers moyens des pourvois de la société Premiers moyens des pourvois des salariés Seconds moyens des pourvois des salariés
Formation proposée	☒ formation restreinte
En cas de publication de l'arrêt à rendre, intérêt de la diffusion du rapport sur Judilibre	☒ Oui ☐ Non
Nombre de projets d'arrêt préparés	Deux projets d'arrêt, dont un avec une variante

1 - Rappel des faits et de la procédure

MM. [Q] et [D] ont été engagés en qualité d'analyste, respectivement à compter du 2 juin 2018 et du 2 janvier 2018, par la société BDL Capital Management (la société).

La société leur a notifié, le 9 juin 2020, les motifs économiques à l'origine de l'engagement de la procédure de licenciement et le salarié a accepté, le 26 juin 2020 pour M. [D] et le 29 juin 2020 pour M. [Q] , le contrat de sécurisation professionnelle qui leur avait été proposé.

Contestant le bien fondé de leur licenciement et s'estimant insuffisamment remplis de leurs droits, ils ont saisi la juridiction prud'homale de demandes relatives à l'exécution et à la rupture de leur contrat de travail.

Par jugements du 4 février 2022, le conseil de prud'hommes a débouté les salariés de l'ensemble de leurs demandes, les a condamnés aux entiers dépens et débouté la société BDL Capital Management de sa demande au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Par arrêts du 11 décembre 2024, la cour d'appel a infirmé les jugements sauf en ce qu'ils ont débouté les salariés de leur demande d'indemnité pour travail dissimulé ainsi que de leur demande de rappel de rémunération variable pour violation du principe d'égalité de traitement et de congés payés afférents.

Statuant à nouveau des chefs infirmés et y ajoutant, elle a :

- dit que les licenciements pour motif économique des deux salariés était sans cause réelle et sérieuse ;

- condamné la société BDL Capital Management à payer à **M. [Q]** les sommes suivantes :

- 53 589,31 euros à titre de rappel de salaire pour heures supplémentaires pour la période courant de juin 2018 à juin 2020 outre 5 358,93 euros au titre des congés payés y

afférents,

- 33 351,56 euros à titre d'indemnité compensatrice de contrepartie obligatoire en repos pour heures supplémentaires accomplies au-delà du contingent annuel (en ce compris les congés payés afférents),

- 3 000 euros à titre de dommages-intérêts pour non-respect de la durée maximale de travail,

- 12 500 euros à titre de rappel de rémunération fixe outre 1 250 euros au titre des congés payés y afférents,

- 21 666 euros à titre de rappel de congés payés sur rémunération variable perçue,

- 50 000 euros à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

-condamné la société BDL Capital Management à payer à **M. [D]** les sommes suivantes :

- 60 173,70 euros à titre de rappel de salaire pour heures supplémentaires pour la période courant de janvier 2018 à juin 2020 outre 6 017,37 euros au titre des congés payés afférents,

- 41 198,99 euros à titre d'indemnité compensatrice de contrepartie obligatoire en repos pour heures supplémentaires accomplies au-delà du contingent annuel (en ce compris les congés payés afférents),

- 3 000 euros à titre de dommages-intérêts pour non-respect de la durée maximale de travail,

- 12 500 euros à titre de rappel de rémunération fixe outre 1 250 euros au titre des congés payés afférents,

- 25 000 euros à titre de rappel de congés payés sur rémunération variable perçue,

- 59 000 euros à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

- ordonné à la société BDL Capital Management de rembourser à France Travail (anciennement Pôle Emploi) les indemnités de chômage du jour de la rupture au jour de la décision, dans la limite de six mois d'indemnités, sous déduction de la contribution prévue par l'article L.1233-69 du code du travail ;

- condamné la société BDL Capital Management aux dépens de première instance et d'appel ;

- condamné la société BDL Capital Management à payer à chaque salarié la somme de 3 000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile au titre des frais non compris dans les dépens exposés en première instance ainsi qu'en cause d'appel ;

- débouté les salariés du surplus de leurs demandes ;

- débouté la société BDL Capital Management de sa demande au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Procédure devant la Cour de cassation

Pourvois de l'employeur	N° C2510107 et D2510108 du 6 janvier 2025
Mémoires ampliatifs de l'employeur	Déposés le 5 mai 2025 (article 700 CPC : 3 000 euros).
Mémoires en défense des salariés	- Mémoires en défense : déposés le 7 juillet 2025 (article 700 CPC : 4 000 euros).

Pourvois des salariés	N° X2511252 et Y2511253 du 4 février 2025
Mémoires ampliatifs des salariés	Déposés le 4 juin 2025 (article 700 CPC : 4 000 euros).
Mémoires en défense	Déposés le 7 juillet 2025 (article 700 CPC : 3 000 euros).
Mémoires complémentaires de l'employeur	Déposés le 5 novembre 2025

2 - Exposé des moyens

SECONDS MOYENS DES POURVOIS DE L'EMPLOYEUR, REDIGES EN DES TERMES SIMILAIRES

La société BDL Capital Management fait grief aux arrêts de dire que le licenciement pour motif économique de MM. [Q] et [D] est sans cause réelle et sérieuse, de la condamner à verser aux salariés une certaine somme à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et de lui ordonner de rembourser à France Travail les indemnités de chômage versées dans la limite de six mois d'indemnités, alors :

« 1°/ que, selon l'article L. 1233-3 du code du travail, des difficultés économiques justifiant un licenciement pour motif économique sont caractérisées par une baisse significative des commandes ou du chiffre d'affaires, en comparaison avec la même période de l'année précédente, sur les trimestres consécutifs précédant immédiatement le licenciement, pour une entreprise dont l'effectif est compris entre 11 et 49 salariés ; qu'en conséquence, dès lors qu'une baisse du chiffre d'affaires est caractérisée sur les deux trimestres consécutifs précédant le licenciement, par rapport à la même période de l'année précédente, cette évolution est suffisamment durable pour caractériser des difficultés économiques, peu important qu'elle ne se poursuive pas postérieurement au licenciement ; qu'en l'espèce, il est constant que la société BDL Capital Management employait une trentaine de salariés et que le licenciement du salarié est intervenu le 30 juin 2020 ; qu'il ressort des constatations de l'arrêt attaqué que « l'entreprise a connu, en comparaison avec la même période de l'année précédente, une baisse de chiffre d'affaires au cours des deux premiers trimestres 2020 » ; qu'en refusant néanmoins de reconnaître l'existence de difficultés économiques, au motif que « ladite baisse ne peut s'analyser comme une évolution significative, sérieuse et durable au sens de [l'article L. 1233-3 du code du travail], en ce que les deux premiers trimestres 2020 correspondent à la période de pandémie de Covid-19 ayant généré un

décrochage soudain et pour le moins conjoncturel du montant des frais de gestion (...), celui-ci étant ensuite reparti à la hausse » et que « la société intimée, qui reconnaît elle-même qu'il est incontestable que les marchés financiers se sont redressés à compter de novembre 2020, ce qui a entraîné une amélioration de sa situation économique et financière, [s'abstient] de produire les justificatifs afférents au montant mensuel des frais de gestion pour la période postérieure au mois d'octobre 2020 », la cour d'appel a violé par fausse application l'article L. 1233-3 du code du travail ;

2° / que la société BDL Capital Management justifiait, par la production de documents retraçant l'évolution de ses résultats dont le contenu était certifié par son commissaire aux comptes, qu'elle avait enregistré, en raison d'une diminution des actifs sous gestion et de la sous-performance de certains fonds, une baisse continue de son chiffre d'affaires depuis 2017, son chiffre d'affaires étant passé de 61.934 K€ en 2017 à 40.597 K€ en 2018, 31.765 K€ en 2019 et 26.421 K€ en 2020 ; qu'elle soulignait que la dégradation de ses résultats s'était aggravée avec le déclenchement de la crise de la Covid-19 et que son principal fonds, le fonds « BDL Rempart Europe » avait accusé un recul plus important que le marché au début de la crise, avant d'amorcer une reprise, sans rattraper son retard sur le marché ; qu'elle précisait également que la situation des marchés financiers en juin 2020 rendait improbable un redressement à court ou moyen terme de son niveau d'activité et de rentabilité, ce qui était au demeurant confirmé par la poursuite de l'effondrement de son chiffre d'affaires sur le troisième trimestre 2020 ; qu'en retenant néanmoins que la baisse du chiffre d'affaires observée au cours des deux premiers trimestres 2020 ne peut s'analyser comme une évolution significative, durable et sérieuse au motif que ces deux trimestres correspondent à la période de pandémie de Covid-19 ayant généré un décrochage soudain et pour le moins conjoncturel du montant des frais de gestion, sans s'expliquer sur la baisse des frais de gestion et honoraires de performances constituant le chiffre d'affaires de l'exposante avant cette période et la poursuite de l'effondrement de son chiffre d'affaires sur le trimestre postérieur au licenciement, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de L. 1233-3 du code du travail ;

3° / que, si les juges peuvent tenir compte d'éléments postérieurs au licenciement pour apprécier le motif économique de celui-ci, c'est à la condition de faire ressortir que ces éléments étaient prévisibles à la date du licenciement ; qu'en l'espèce la société BDL Capital Management insistait sur le fait que si les marchés financiers s'étaient sensiblement redressés depuis le 18 mars 2020, date à laquelle ils ont atteint le point le plus bas, la situation de l'économie et l'absence de vaccins en juin 2020 rendaient très incertain et même improbable un retour à la normale à court ou moyen terme ; qu'elle soutenait qu'ayant perdu une part importante de son chiffre d'affaires, elle devait s'adapter pour traverser cette période de difficultés économiques, faute de perspective sérieuse de redressement à court terme de son chiffre d'affaires, dont l'effondrement s'était encore confirmé au troisième trimestre 2020 ; qu'en se bornant à relever que « la société reconnaît elle-même qu'il est incontestable que les marchés financiers se sont redressés à compter de novembre 2020, ce qui a entraîné une amélioration de sa situation économique et financière », sans rechercher si ce redressement était prévisible en juin 2020, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1233-3 du code du travail ;

4° / que la suppression de l'emploi du salarié s'apprécie à la date du licenciement et résulte de l'absence de remplacement du salarié par l'embauche d'un autre salarié sur un emploi de même nature immédiatement avant ou après le licenciement ; que ni l'embauche d'un salarié sur un emploi de même nature plus de six mois après la rupture du contrat, ni la

diffusion d'une offre d'emploi concomitamment au licenciement ne peuvent remettre en cause la réalité de la suppression de l'emploi ; qu'en l'espèce, il résulte des constatations de l'arrêt attaqué que les contrats de travail de MM. [Q] et [D] ont été rompus par leur adhésion au contrat de sécurisation professionnelle le 30 juin 2020 et que la société BDL Capital Management n'a recruté un nouvel analyste que le 1^{er} mars 2021, soit plus de huit mois plus tard ; qu'en retenant néanmoins que « l'élément matériel du motif économique du licenciement [n'est] pas suffisamment établi et caractérisé », au motif inopérant que « la société intimée a procédé à l'embauche d'un analyste dès le 1^{er} mars 2021, une telle embauche impliquant nécessairement l'engagement de démarches de recrutement à une date largement antérieure » et « qu'une offre annonce d'offre d'emploi intitulée « BDL Capital Management – Analyste financier – Paris » avait été publiée sur le site Glassdoor » le 26 juin 2020 » sans que l'employeur ne démontre « le caractère mensonger ou inexact de l'annonce litigieuse », la cour d'appel s'est fondée sur des motifs impropres à remettre en cause les conséquences légales qui s'évinçaient de ses propres constatations, en violation de l'article L. 1233-3 du code du travail. »

3 - Propositions de rejet non spécialement motivé

En application de l'article 1014 du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur certains griefs, qui sont irrecevables ou qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation, pour les raisons suivantes :

3-1 RAPPEL DES PREMIERS MOYENS DES POURVOIS DE L'EMPLOYEUR, REDIGES EN DES TERMES SIMILAIRES : grief aux arrêts de condamner la société à verser aux salariés diverses somme à titre de rappel de congés payés sur rémunération variable perçue, alors :

« 1^o / que, selon l'article L. 3141-24 du code du travail dans sa rédaction issue de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés inclut les éléments de rémunération qui sont, au moins pour partie, versés en contrepartie directe ou indirecte du travail personnel du salarié et dont le montant est affecté par la prise des congés ; qu'en l'espèce, selon le contrat de [MM. [Q] et [D]], la rémunération variable à laquelle il était éligible était « fonction de la performance de la société et de la réalisation d'objectifs personnels » ; que la société BDL Capital Management soutenait que cette rémunération variable était déterminée conformément aux dispositions du Règlement général de l'Autorité des Marchés Financiers et que les articles 319-10 et 321-125 de ce Règlement général, applicables aux sociétés de gestion de portefeuille, prévoient que la rémunération variable doit être établie sur la base d'une évaluation combinée des performances individuelles [des salariés], de celles de [leur] unité opérationnelle et des résultats d'ensemble de la société et que l'évaluation de ces performances s'inscrit dans un cadre pluriannuel ; qu'elle exposait encore qu'aucun objectif personnel n'avait été spécifiquement assigné à [MM. [Q] et [D]] parce que [leur] fonction consistait à faire des analyses et recommandations de placements financiers pertinents ; que [leur] rémunération variable était en conséquence fonction de [leur] performance individuelle, de celle de [leur] équipe et de celle de l'entreprise, lesquelles sont appréciées sur l'année entière et même plusieurs années et non-affectées par la prise de congés payés ; qu'en se bornant à retenir, pour condamner l'employeur au paiement d'un rappel de congés payés sur rémunération variable, qu'« il apparaît en l'espèce que la rémunération variable de l'appelant (...) devait être prise en compte dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés, peu important son paiement à l'année et son calcul en fonction des résultats de l'entreprise, dès lors qu'elle était effectivement assise sur les résultats produits par le travail personnel de l'intéressé, nécessairement affectés pendant la période de congés », sans expliquer en

quoi la prise en compte des « résultats produits par le travail personnel du salarié » conduisait à faire dépendre le montant du variable de la prise de congés payés, ni constater que le montant de la rémunération variable versée à [MM. [Q] et [D]] était effectivement affecté par la prise de congés payés, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte précité ;

2°/ que, selon l'article L. 3141-24 du code du travail dans sa rédaction issue de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés inclut les éléments de rémunération qui sont, au moins pour partie, versés en contrepartie directe ou indirecte du travail personnel du salarié et dont le montant est affecté par la prise des congés ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a elle-même constaté que, bien que le contrat de travail de [MM. [Q] et [D]] prévoie le versement d'une rémunération variable « en fonction des résultats de la Société et de la réalisation d'objectifs personnels qui lui seront assignés chaque année », la société BDL Capital Management n'a pas précisé au salarié les objectifs à réaliser et qu'elle a tenu compte, pour fixer cette rémunération, non seulement des performances de l'entreprise, mais aussi des « profits et les pertes » générés par les préconisations de « l'équipe de l'appelant » ; qu'en se bornant ensuite à affirmer, pour dire que cette rémunération variable entre dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés, qu'« il apparaît en l'espèce que la rémunération variable de l'appelant (...) devait être prise en compte dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés, peu important son paiement à l'année et son calcul en fonction des résultats de l'entreprise, dès lors qu'elle était effectivement assise sur les résultats produits par le travail personnel de l'intéressé, nécessairement affectés pendant la période de congés », sans expliquer en quoi cette rémunération variable, dont le montant avait, selon ses constatations, été fixé en fonction de la performance des fonds par suite des préconisations de l'ensemble des analystes d'une équipe, dépendait du travail personnel de [MM. [Q] et [D]] et était affectée par la prise de congés payés par ce dernier, la cour d'appel a de plus fort privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 3141-24 du code du travail. »

Motifs de proposition de rejet non spécialement motivé :

Selon l'article L.3141-24 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, applicable en la cause,

« I.-Le congé annuel prévu à l'article L. 3141-3 ouvre droit à une indemnité égale au dixième de la rémunération brute totale perçue par le salarié au cours de la période de référence.

Pour la détermination de la rémunération brute totale, il est tenu compte :

1° De l'indemnité de congé de l'année précédente ;

2° Des indemnités afférentes à la contrepartie obligatoire sous forme de repos prévues aux articles L. 3121-30, L. 3121-33 et L. 3121-38 ;

3° Des périodes assimilées à un temps de travail par les articles L. 3141-4 et L. 3141-5 qui sont considérées comme ayant donné lieu à rémunération en fonction de l'horaire de travail de l'établissement.

Lorsque la durée du congé est différente de celle prévue à l'article L. 3141-3, l'indemnité est calculée selon les règles fixées au présent I et proportionnellement à la durée du congé effectivement dû.

II.-Toutefois, l'indemnité prévue au I du présent article ne peut être inférieure au montant de la rémunération qui aurait été perçue pendant la période de congé si le salarié avait continué à travailler.

Cette rémunération, sous réserve du respect des dispositions légales, est calculée en fonction :

1° Du salaire gagné dû pour la période précédant le congé ;

2° De la durée du travail effectif de l'établissement.

Conformément à ce texte, deux méthodes de calcul de l'indemnité de congés payés sont donc possibles :

- soit le dixième de la rémunération totale perçue au cours de la période de référence (formule dite du dixième) ;

- soit la rémunération qui aurait été perçue pendant la période de congé si le salarié avait travaillé (formule dite du maintien de salaire), le salarié devant bénéficier de la formule la plus favorable. ¹

Destinée à compenser la perte de salaire qui résulte de la suspension de la prestation de travail, l'indemnité de congé payé se substitue au salaire ; elle n'est donc pas cumulable avec la rémunération perçue au titre de la période des congés (Soc., 4 novembre 1971, pourvoi n° 71-40.033 ; Soc., 4 avril 1990, pourvoi n° 87-43.703 ; Soc., 22 juin 1994, pourvoi n° 92-40.752, Bull. 1994 V n° 210).

Pour déterminer la rémunération à prendre en compte pour l'application de la règle du dixième et de la règle du maintien de salaire, il faut considérer tous les éléments de rémunération du salarié ne couvrant pas à la fois les périodes de travail et celles de congés payés.

Il résulte ainsi de la jurisprudence qu'en principe, toutes les sommes ayant la nature juridique de salaire, versées au salarié en contrepartie directe ou indirecte de son travail, ont vocation à être intégrées dans l'assiette de l'indemnité de congés payés .

Ont, en conséquence, été pris en compte dans l'assiette de calcul des congés payés :

- les majorations pour heures supplémentaires (Soc., 6 mai 1955, Bull. 1955 V n° 384), - une prime de non-accident (Soc., 28 octobre 1963, Bull. 1963 V n° 745 ; Soc., 13 février 2013, pourvoi n° 11-23.880, Bull. 2013, V, n° 41),

- une prime d'essai en vol pour le personnel navigant (Soc., 15 novembre 1972, pourvoi n° 71-40.281, Bull. V n° 621),

- l'indemnité ou prime lorsqu'elle ne rémunère pas à la fois les périodes de travail et de congés payés et qu'elle est assise uniquement sur le salaire des périodes de travail (Soc., 2 mai 1973, pourvoi n° 72-40.014, Bull. 1973 n° 273 ; Soc., 25 mars 1982, pourvoi n° 80-40.589, Bull. 1982 n° 227),

- un pourcentage sur les chiffres d'affaires (Soc., 11 mai 1988, pourvoi n° 85-45.816, Bull. 1988 V n° 288),

- une prime d'astreinte (Soc., 4 juillet 1983, pourvoi n° 81-40.819, Bull. 1983 n° 379 ; Soc., 3 juillet 1990, pourvoi n° 89-40.340, Bull. 1990 V n° 342),
- une prime de travail de nuit (Soc., 13 mars 1991, pourvoi n° 87-45.608).

Le mémoire ampliatif cite encore les commissions proportionnelles au chiffre d'affaires réalisé (Soc. 21 octobre 2020, n° 19-12.510) ou assises sur les affaires apportées par le salarié (Soc. 22 octobre 2015, n° 14-18.565).

En revanche, n'ont pas à être prises en compte dans l'assiette de calcul des congés payés les primes ou indemnités qui couvrent l'ensemble de l'année, temps de travail et temps de congé confondus, et dont le montant n'est pas diminué du fait des congés payés qu'elles soient versées annuellement ou à des échéances plus rapprochées (Soc., 20 novembre 1974, pourvoi n° 73-40.294, Bull. 1974 V n° 555 ; Soc. 3 décembre 1975, pourvoi n° 74-40.288, Bull. 1975 V n° 589 ; Soc., 16 juin 1998, pourvoi n° 96-43.187), leur intégration dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés revenant à les payer partiellement une seconde fois.

Font, notamment, partie de cette catégorie :

- le 13ème mois calculé pour l'année entière, périodes de travail et de congés confondus, en sorte que son montant n'est pas affecté par le départ du salarié en congé (Soc., 19 décembre 1979, pourvoi n° 78-40.076, Bull. 1979 n° 1023 ; Soc., 2 avril 1997, pourvoi n° 94-41.389 ; Soc., 20 décembre 2006, pourvoi n° 04-43.966 ; Soc., 8 juin 2011, pourvoi n° 09-71.056, Bull. 2011, V, n° 152 ; Soc., 26 mars 2014, pourvoi n° 13-10.586).
- une prime de médaille : (Soc., 13 février 2013, pourvoi n° 11-23.880, Bull. 2013, V, n° 41),

Les juges du fond doivent rechercher, ainsi qu'il le leur est demandé, si le paiement d'une prime d'expérience et d'une prime familiale est affecté par le départ en congé des salariés qui les reçoivent pour pouvoir les inclure dans l'assiette de calcul (Soc., 15 juin 2016, pourvoi n° 15-10.753 ; Soc., 8 février 2017, pourvois n° 15-22.871, 15-22.872, 15-22.873).

Il incombe, de façon générale, au juge du fond de vérifier qu'une prime est assise uniquement sur le salaire des périodes de travail ou qu'elle l'est sur la rémunération des périodes de travail et de congés confondus :

Soc., 18 septembre 2019, pourvoi n° 17-20.449 :

Mais attendu, d'abord, qu'ayant relevé que le droit de percevoir le bonus annuel résultait pour partie de l'atteinte par les salariés d'objectifs personnels négociés, la cour d'appel a pu en déduire que le versement du bonus, qui rémunérait de ce fait l'activité déployée par le salarié pendant sa période de travail, était affecté par la prise des congés payés annuels ;

Attendu, ensuite, qu'ayant constaté que le calcul du bonus annuel avait pour assiette le revenu global annuel mais que la rémunération maintenue par l'employeur, pendant les congés payés, ne comprenait que le salaire de base, faisant ainsi ressortir que le montant du bonus en était exclu, la cour d'appel en a exactement déduit que le montant du bonus annuel devait être inclus dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés.

Soc., 1^{er} décembre 2021, pourvoi n° 20-14.016 :

Vu les articles L. 3141-22 et L. 3141-23 du code du travail, dans leur rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 :

12. Il résulte de ces textes que n'ont pas à être pris en compte dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés les indemnités et avantages en nature dont le salarié jouit l'ensemble de l'année, temps de travail et temps de congé confondus, et dont le montant ou la valeur ne sont pas diminués du fait des congés payés.

13. Pour condamner l'employeur au paiement d'une certaine somme à titre d'indemnité compensatrice de congés payés de juin 2010 à décembre 2015, l'arrêt retient que l'employeur ne conteste pas spécifiquement que l'indemnité de sujétion et l'avantage logement en nature doivent être intégrés dans le montant de la rémunération totale perçue, mais indique nécessaire un traitement différentiel quant aux congés payés dans la mesure où lors des périodes de congés payés, alors qu'aucune astreinte n'était effectuée l'indemnité de sujétion et l'avantage logement en nature étaient maintenus. Il en déduit que le salarié n'a pas été rempli de l'intégralité de ses droits au titre des congés payés.

14. En se déterminant ainsi, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si l'attribution de l'indemnité de sujétion et de l'avantage logement en nature était affectée par le départ du salarié en congé, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.

Soc., 26 janvier 2022, pourvoi n° 20-11.861 :

Vu l'article L. 3141-22 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, et l'accord n° 69 du 28 janvier 2011 relatif à la rémunération extra-conventionnelle à la CRCO :

13. Selon le premier de ces textes, le congé annuel ouvre droit à une indemnité égale au dixième de la rémunération totale brute perçue par le salarié au cours de l'année de référence.

14. Selon le second, les primes constitutives de la rémunération extra-conventionnelle (REC) sont la prime de performance d'entreprise, qui rétribue l'atteinte collective des objectifs de l'entreprise, la prime de performance d'unité, qui rétribue l'atteinte des objectifs de l'unité, et la prime de performance individuelle, qui rétribue la contribution individuelle à l'atteinte des objectifs de l'unité.

15. Pour débouter le salarié de sa demande au titre du solde d'indemnité compensatrice de congés payés, l'arrêt retient qu'au regard des bulletins de paie de l'intéressé, le salaire versé mensuellement comprend la rémunération de classification (RCE), la rémunération complémentaire individuelle (RCI), la rémunération conventionnelle complémentaire, les ex-points fusions garantis auxquels s'ajoutent les primes suivantes : 13 mois versé au mois de décembre, rémunération extra-conventionnelle (REC) fixe versée tous les mois, rémunération extra-conventionnelle compensatoire de 21,55 euros versée au mois de février de chaque année, rémunération extra-conventionnelle variable versée en mars de chaque année.

16. Il ajoute qu'à la lecture des bulletins de paie du salarié ainsi que de l'accord n° 69 du 28 janvier 2011 et des notes relatifs à la rémunération extra-conventionnelle, il y a lieu de constater que l'ensemble de ces primes est versé globalement sur l'année, périodes de travail et de congés payés confondus, en excluant par conséquent ces primes de l'assiette de calcul des congés payés.

17. En statuant ainsi, alors que la rémunération extra-conventionnelle versée correspondait, peu important son paiement annuel, au moins en partie à l'activité individuelle déployée par le salarié, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

Soc., 14 décembre 2022, pourvoi n° 21-14.268, 21-18.272 :

6. La cour d'appel a, d'abord, relevé que le salarié prospectait initialement seul le secteur géographique qui lui était affecté, puis, qu'il avait travaillé en binôme avec un autre salarié. Elle a, ensuite, constaté que des objectifs étaient fixés pour chaque secteur, qu'ils étaient communs aux deux salariés et que les primes de compétences ou de campagne, versées quadrimestriellement, étaient basées à 80 % sur le résultat sur objectifs et à 20 % en fonction du classement du secteur, lequel était lié à la réalisation des objectifs. Elle a encore relevé qu'aucun élément ne permettait d'affirmer que d'autres acteurs de l'entreprise contribuaient à l'atteinte des objectifs et que les primes de campagne bénéficiaient de la rémanence de secteurs vacants. Elle a retenu que la prime de campagne quadrimestrielle dépendait du pourcentage de la réalisation de l'objectif fixé au secteur des deux attachés hospitaliers et rémunérait directement l'activité de chacun en fonction de la réalisation de cet objectif et que si elle prenait en compte les ventes de l'ensemble des mois de

l'année, elle était basée sur les résultats du binôme intervenant sur le même secteur et se trouvait affectée pendant les périodes de congés payés.

7. Elle en a exactement déduit que la prime de campagne, payée trois fois l'an, en exécution d'un engagement unilatéral de l'employeur, assise sur des résultats produits par le travail du salarié, affectés pendant la période de congés, devait être incluse dans le calcul de l'indemnité de congés payés.

Entre donc dans l'assiette de calcul de l'indemnité la part variable de rémunération d'un salarié, peu important son paiement à l'année et son calcul en fonction des résultats de l'entreprise, dès lors qu'elle est assise sur les résultats produits par le travail personnel de l'intéressé, nécessairement affectés pendant la période de congés :

Soc., 24 septembre 2014, pourvoi n° 12-28.965, Bull. civ. V, n° 202 :

Attendu que la société fait grief à l'arrêt de la condamner à payer au salarié une somme au titre des congés payés afférents à la part variable complémentaire, alors, selon le moyen : (...) 2° / qu'en tout état de cause, doit être exclue de l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés la rémunération variable payée globalement à l'année, qui couvre donc à la fois les périodes de travail et de congés payés, sauf à la faire payer pour partie une seconde fois par l'employeur ; qu'en l'espèce, la société CGE distribution faisait valoir que la part variable spécifique de l'agence de [Localité 2] ne pouvait donner lieu à congés payés dans la mesure où elle était versée une fois par an et couvrait l'ensemble de l'année ; que la cour d'appel, pour cependant condamner l'employeur à verser à M. [L] un rappel d'indemnité de congés payés sur la part variable spécifique de [Localité 2], s'est bornée à relever que la part variable spécifique constituait une rémunération du travail personnel du vendeur même si elle avait un caractère collectif ; qu'en statuant ainsi, sans avoir recherché, ainsi qu'elle y était invitée, si cette partie variable de la rémunération n'était pas allouée globalement pour l'année, périodes de travail et de congés payés confondues, de sorte que son inclusion dans l'assiette de l'indemnité de congés payés aboutissait à la faire payer, même pour partie, une seconde fois par l'employeur, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 3141-22 du code du travail ;

Mais attendu que la cour d'appel, qui a constaté que la part variable complémentaire, peu important son paiement à l'année et son calcul en fonction des résultats de la société, était assise sur des résultats produits par le travail personnel de l'intéressé, nécessairement affectés pendant la période de congés, a exactement décidé que cet élément de rémunération devait être inclus dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés.

Soc. 3 octobre 2018, pourvoi n° 17-16152 :

Vu l'article L. 3141-22 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 ;

Attendu que, pour rejeter la demande en paiement d'une certaine somme à titre d'indemnité de congés payés, l'arrêt retient que la prime annuelle garantie de 6 000 euros étant forfaitaire, elle n'était pas affectée par la prise de congés payés ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que la somme de 6 000 euros était le montant de la prime minimale versée au salarié en fonction de l'atteinte de ses objectifs, de sorte qu'elle revêtait la nature d'une prime d'objectifs affectée par la prise de congé annuel du salarié, et alors qu'elle avait retenu l'absence de fixation d'objectifs entre les années 2008 et 2012 au titre d'élément faisant présumer des agissements de discrimination syndicale, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé le texte susvisé ;

Au cas présent, la cour d'appel a retenu :

«en application de l'article L.3141-24 du code du travail, doivent être pris en compte dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés tous les éléments de rémunération du salarié ne couvrant pas à la fois les périodes de travail et celles de congés payés, en ce

comprises notamment la rémunération variable payée à l'année et calculée en fonction des résultats de la société, les primes de performance ainsi que les primes d'objectif rétribuant de manière directe l'activité du salarié pour réaliser l'objectif assigné et assises sur les périodes travaillées, il apparaît en l'espèce que la rémunération variable de l'appelant, qui n'était pas discrétionnaire ainsi que cela a déjà été relevé, devait être prise en compte dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés, peu important son paiement à l'année et son calcul en fonction des résultats de l'entreprise, dès lors qu'elle était effectivement assise sur les résultats produits par le travail personnel de l'intéressé, nécessairement affectés pendant la période de congés. »

Réponse :

Les moyens ne sont pas fondés :

La cour d'appel, qui a constaté que les salariés avaient perçu des sommes à titre de rémunération variable et retenu que cette rémunération variable n'était pas discrétionnaire mais était assise sur les résultats produits par le travail personnel des intéressés lesquels étaient nécessairement affectés pendant les périodes de congés, a, sans être tenue de procéder à des recherches que ses constatations rendaient inopérantes, légalement justifiée ses décisions.

3-2 PREMIERS MOYENS DES POURVOIS DES SALARIÉS, REDIGES EN TERMES SIMILAIRES : les salariés font grief aux arrêt de les débouter de leur demande tendant à la condamnation de la société BDL Capital Management au paiement d'une indemnité pour travail dissimulé, alors « que les juges du fond ne peuvent accueillir ou rejeter les demandes dont ils sont saisis sans examiner tous les éléments de preuve qui leur sont fournis par les parties au soutien de leurs prétentions ; qu'en l'espèce, pour débouter M. [Q] de sa demande en condamnation de la société BDL Capital Management au paiement d'une indemnité pour travail dissimulé, la cour d'appel a énoncé qu' : « au vu des seuls éléments versés aux débats l'appelant ne justifi[e] pas suffisamment du caractère intentionnel de la dissimulation d'emploi alléguée » ; qu'en se déterminant de la sorte sans examiner, même sommairement, l'attestation de M. [I], ancien secrétaire général de la société BDL Capital Management, produite aux débats par M. [Q], certifiant que « les horaires de la Société dépassaient de loin le temps de travail légal applicable, du fait du refus d'[W] [X] d'appliquer une convention collective avec un emploi cadre au forfait jour au sein de l'entreprise. Le risque avait été identifié et quantifié par d'autres salariés ainsi que par des fournisseurs qui l'avaient remonté à [W] [X], mais celui-ci prétextant qu'une convention collective nuirait à l'entreprise et qu'aucun salarié ne comprenait ni ne ferait valoir ses droits, a maintenu son refus suite aux alertes reçues », et les conclusions de M. [Q] en déduisant qu' « il ne peut être argué que l'employeur ignorait non seulement le principe mais aussi la quantité des heures supplémentaires effectuée puisque le coût financier du risque avait même été calculé », la cour d'appel, qui a privé sa décision de motifs, a violé l'article 455 du code de procédure civile. »

Motifs de proposition de rejet non spécialement motivé :

L'article L. 8221-5 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 , dispose :

« Est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait pour tout employeur :

1° Soit de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement de la formalité prévue à l'article L. 1221-10, relatif à la déclaration préalable à l'embauche ;

2° Soit de se soustraire intentionnellement à la délivrance d'un bulletin de paie ou d'un document équivalent défini par voie réglementaire, ou de mentionner sur le bulletin de paie ou le document équivalent un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli, si cette mention ne résulte pas d'une convention ou d'un accord collectif d'aménagement du temps de travail conclu en application du titre II du livre Ier de la troisième partie ;

3° Soit de se soustraire intentionnellement aux déclarations relatives aux salaires ou aux cotisations sociales assises sur ceux-ci auprès des organismes de recouvrement des contributions et cotisations sociales ou de l'administration fiscale en vertu des dispositions légales. »

Le travail dissimulé ne peut être retenu que s'il est intentionnel (Soc., 4 mars 2003, pourvoi n° 00-46.906, Bulletin civil 2003, V, n° 80).

S'il appartient aux juges du fond de caractériser cette intention (Soc., 20 septembre 2005, pourvoi n° 03-47.702), ils en apprécient souverainement l'existence (Soc., 19 janvier 2005, pourvoi n° 02-40.085, Bull., 2005, V, n° 13 ; Soc., 19 janvier 2005, pourvoi n° 02-46.967, Bull., 2005, V, n° 14).

Mais leurs motifs ne doivent pas être impropres (Soc., 15 décembre 2010, pourvoi n° 08-45.161). Ainsi, le caractère intentionnel ne peut se déduire, notamment :

- de la seule réclamation du salarié (Soc., 31 mai 2011, pourvoi n° 10-14.306),
- de la seule absence de mention des heures supplémentaires sur les bulletins de paie (Soc., 29 juin 2005, pourvoi n° 04-40.758, Bull. 2005, V, n° 222), voire de toutes les heures supplémentaires sur les bulletins de paie (Soc., 16 décembre 2005, pourvoi n° 03-45.288),
- de la seule application d'une convention de forfait illicite (Soc., 16 juin 2015, pourvoi n° 14-16.953, Bull. 2015, V, n° 124),
- de la seule absence de conclusion d'une convention de forfait dont la possibilité est prévue par la convention collective (Soc., 27 juin 2012, pourvoi n° 11-12.527),
- de la seule absence de mention de jours de travail sur les bulletins de paie, lorsqu'une convention de forfait est appliquée (Soc., 10 mars 2021, pourvoi n° 19-11.421),
- de la seule circonstance qu'une relation contractuelle a été requalifiée en contrat de travail (Soc., 26 septembre 2012, pourvoi n° 11-10.846),
- de la seule absence de mention d'une avance sur commission sur un bulletin de paie (Soc., 18 décembre 2013, pourvoi n° 11-27.764),
- du seul recours à un contrat inapproprié (Soc., 3 juin 2009, pourvois n° 08-41.712 et s., Bull. 2009, V, n° 141) ou de la seule conscience des difficultés tenant au choix d'un contrat inapproprié (Soc., 5 février 2014, pourvois n° 13-11.653 et s.).

Au cas présent, la cour d'appel a retenu : « En application des dispositions des articles L.8221-3, L.8221-5 et L.8223-1 du code du travail et au vu des seuls éléments versés aux débats, l'appelant ne justifiant pas suffisamment du caractère intentionnel de la dissimulation d'emploi alléguée, la cour confirme le jugement en ce qu'il a débouté le salarié de sa demande d'indemnité pour travail dissimulé. »

Réponse :

Les moyens ne sont pas fondés :

Sous le couvert de griefs non fondés de défaut de réponse à conclusions, les moyens ne tendent qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine des éléments de fait et de preuve par laquelle la cour d'appel a retenu l'absence de caractère intentionnel dans la mention sur les bulletins de paie d'un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement effectué.

3-3 SECONDS MOYENS DES POURVOIS DES SALARIÉS, REDIGES EN TERMES SIMILAIRES :

Rappel des moyens : grief aux arrêts de débouter les salariés de leur demande tendant à la condamnation de la société BDL Capital Management au paiement d'une certaine somme, outre les congés payés afférents, au titre de leur rémunération variable, alors :

« 1°/ que, lorsque les objectifs dont dépend la rémunération variable du salarié sont définis unilatéralement par l'employeur, ils doivent être réalisables et lui être communiqués en début d'exercice ; que l'employeur qui manque à cette obligation s'expose à verser au salarié le maximum de la part variable de rémunération convenue et ne saurait échapper à cette sanction pour le motif qu'aucun montant maximum de rémunération variable n'a été convenu entre les parties ; qu'en ce cas, et en application du principe d'égalité de traitement, le salarié, dont la rémunération n'est pas plafonnée, est fondé à revendiquer le maximum de rémunération variable consenti par l'employeur à un salarié en situation identique ; qu'en l'espèce, il ressort des propres constatations de l'arrêt attaqué que pour l'attribution de [leur] rémunération variable, [MM. [Q] et [D]] " se trouvai[en]t dans une situation identique à celle de M. [J] ", lequel " exerçait effectivement les mêmes fonctions d'analyste que l'appelant, [et] ne s'é[tait] également jamais vu assigner aucun objectif " ; qu'en le[s] déboutant cependant de [leur] demande tendant, en l'absence de fixation d'objectifs, à bénéficier de la rémunération variable maximum servie à ce salarié la cour d'appel, qui n'a pas déduit les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article 1104 du code civil, ensemble le principe d'égalité de traitement ;

2°/ qu'en application du principe d'égalité de traitement, seule une différence de situation au regard de l'avantage considéré peut justifier une différence de traitement entre salariés ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que pour l'attribution de la rémunération variable qu'il[s] revendiquai[en]t, [MM. [Q] et [D]] " se trouvai[en]t dans une situation identique à celle de M. [J] ", lequel " exerçait effectivement les mêmes fonctions d'analyste que l'appelant ", avec le même statut de cadre, et " ne s'é[tait] également jamais vu assigner aucun objectif " ; que, pour le[s] débouter de [leur] demande, elle a retenu que " le contrat de travail initial de M. [J] ne prévoyant pas, à la différence de celui de l'appelant, que la rémunération variable serait fondée sur la réalisation d'objectifs personnels devant lui être assignés chaque année par la société mais que l'attribution de la prime variable serait effectuée en fonction de ses performances et des résultats financiers de BDL Capital Management, il apparaît que l'employeur est bien fondé à justifier la différence de traitement constatée relativement au montant de la rémunération variable par les

performances de ce dernier et notamment le P&L (" profit and loss " en anglais) permettant de recenser les profits et les pertes générés par les préconisations des analystes financiers, celui généré par M. [J] et son équipe étant de 31,308 millions d'euros en 2019 contre un P&L négatif de - 15,318 millions d'euros pour l'équipe de [M. [Q] et de - 5,361 millions d'euros pour M. [D]] " ; qu'en se référant ainsi aux indices P&L respectifs du salarié référent et du demandeur exerçant les mêmes fonctions avec le même statut alors que la rémunération variable de [MM. [Q] et [D]] étant " fonction des résultats de la société et de la réalisation d'objectifs personnels ", seuls ces critères devaient être pris en considération, la cour d'appel, qui s'est déterminée par des motifs impropres à justifier une différence de traitement au regard de l'avantage revendiqué, a violé le principe d'égalité de traitement ;

3° / que l'employeur est tenu d'assurer pour un même travail ou un travail de valeur égale l'égalité de rémunération entre ses salariés ; que manque à ce principe l'employeur qui institue une différence de rémunération lors de l'embauche entre salariés recrutés pour exercer les mêmes fonctions avec le même statut, sauf à la justifier par des éléments objectifs dont le juge doit contrôler la réalité et la pertinence ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que "M. [J], également embauché par la société BDL Capital Management en qualité d'analyste financier, avec statut cadre, ainsi que cela résulte de son contrat de travail à durée indéterminée à compter du 1^{er} septembre 2006, exerçait effectivement les mêmes fonctions d'analyste que l'appelant, M. [J] ne s'étant également jamais vu assigner aucun objectif", ce dont elle a déduit que ce salarié et MM. [Q] et [D] "se trouvaient dans une situation identique" pour l'attribution de leur rémunération variable ; que cependant, pour considérer justifiée la différence de leur rémunération variable, elle a ajouté que "le contrat de travail initial de M. [J] ne prévoyant pas, à la différence de celui de l'appelant, que la rémunération variable serait fondée sur la réalisation d'objectifs personnels devant lui être assignés chaque année par la société mais que l'attribution de la prime variable serait effectuée en fonction de ses performances et des résultats financiers de BDL Capital Management, il apparaît que l'employeur est bien fondé à justifier la différence de traitement constatée relativement au montant de la rémunération variable par les performances de ce dernier et notamment le P&L" ; qu'en justifiant ainsi la différence de traitement constatée lors de l'exécution du contrat de travail dans l'attribution de la rémunération variable par une différence de traitement dans la définition de cette rémunération opérée lors de l'embauche entre salariés recrutés pour exercer les mêmes fonctions avec le même statut, sans rechercher si cette différence de traitement était elle-même objectivement justifiée, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard du principe d'égalité de traitement. »

Motifs de proposition de rejet non spécialement motivé :

Sur les conséquences de l'absence de détermination des objectifs par l'employeur ² :

Pour être valable, la clause de variation du salaire doit être fondée sur des éléments objectifs, indépendants de la volonté de l'employeur (sous certaines réserves sont cependant admises des clauses instituant un bonus discrétionnaire).

Les bonus et primes d'objectifs sont des rémunérations variables fondées non sur le seul chiffre d'affaires, mais sur une performance, c'est-à-dire le plus ou moins bon résultat atteint par rapport à un objectif défini à l'avance. Les objectifs peuvent être très divers : augmentation du nombre des ventes, augmentation du nombre des clients, diminution des impayés ou encore atteinte d'objectifs purement qualitatifs.

Le contrat de travail peut prévoir que les objectifs seront fixés unilatéralement par l'employeur dans le cadre de l'exercice de son pouvoir de direction (Soc., 22 mai 2001, pourvoi n° 99-41.970, 99-41.838, Bull. 2001, V, n° 180 ; Soc., 17 décembre 2003, pourvoi n° 01-44.851), ou qu'ils seront déterminés contractuellement, en vertu d'un accord entre l'employeur et le salarié et renégociés périodiquement.

Et, lorsqu'il est prévu que les objectifs seront fixés unilatéralement par l'employeur, à défaut pour lui de le faire, sa défaillance ouvre au salarié le droit au montant maximal de la rémunération variable : la défaillance de la condition étant imputable à l'employeur, dans ce cas, il n'y a pas de place à l'intervention du juge pour déterminer le montant de la rémunération variable. L'intervention du juge n'est requise pour fixer la rémunération variable qu'en cas d'absence d'accord entre l'employeur et le salarié dans l'hypothèse où il a été convenu que les objectifs seraient fixés contractuellement : **Soc., 10 juillet 2013, pourvoi n° 12-17.921 ; Soc., 28 septembre 2016, pourvoi n° 15-10.736 ; Soc., 30 juin 2021, pourvoi n° 19-25.519 ; Soc., 15 décembre 2021, pourvoi n° 20-11.934 ; Soc., 7 juin 2023, pourvoi n° 21-23.232 :**

En l'absence de détermination, dans le contrat de travail, du montant de la rémunération variable, le juge est alors tenu de la déterminer en fonction des critères fixés au contrat et des éléments de la cause : "lorsque le droit à une rémunération variable résulte du contrat de travail, et à défaut d'accord entre l'employeur et le salarié sur le montant de cette rémunération, il incombe au juge de la déterminer en fonction des critères fixés au contrat et des accords conclus expressément ou implicitement les années précédentes par les parties ou des éléments de la cause" (par ex. : Soc. 8 mars 2017, n° 14-20.365 ; Soc. 23 septembre 2009, n° 07-45.269 ; Soc. 12 mars 2008, n° 06-40.706 ; Soc. 11 juillet 2007, n° 0641.733).

Mais encore faut-il que le salarié lui demande de fixer le montant de sa rémunération variable en fonction des critères fixés au contrat et/ou des éléments de la cause.

Ce qui n'est pas le cas si le salarié demande l'application du principe d'égalité de traitement.

Principe d'égalité de traitement :

La Cour de cassation a consacré la règle « à travail égal, salaire égal », avec l'arrêt Ponsolle du 29 octobre 1996 (Soc., 29 octobre. 1996, pourvoi n° 92-43.680, Bull. 1996, V, n° 359 : « La règle de l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes est une application de la règle plus générale « à travail égal, salaire égal » énoncée par les articles L. 133-5.4° et L. 136-2.8° [devenus respectivement L. 2261-22 et L. 2271-1], ce dont il se déduit que l'employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés de l'un ou l'autre sexe, pour autant que les salariés en cause sont placés dans une situation identique ») ; cette règle a été érigée par la suite en principe d'égalité de traitement, par généralisation et transposition de l'article L. 3221-2 du code du travail.

En vertu de ce principe, l'employeur doit assurer, pour un même travail ou un travail de valeur égale, l'égalité de traitement entre les salariés de l'un ou l'autre sexes placés dans une situation identique ou comparable au regard de l'avantage en cause, sauf à ce que la différence de traitement pratiquée repose sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler la réalité et la pertinence.

Hors le cas des différences de traitement entre catégories professionnelles instituées par voie de conventions ou d'accords collectifs, la jurisprudence de la Cour de cassation retient

un système de preuve partagée : s'il appartient au salarié qui invoque une atteinte au principe d'égalité de traitement de soumettre au juge les éléments de fait susceptibles de caractériser une inégalité de rémunération, il incombe à l'employeur de rapporter la preuve d'éléments objectifs justifiant cette différence (Soc., 13 janvier 2004, pourvoi n° 01-46.407, Bull. 2004, V, n° 1).

Lors de la première étape de l'examen de la demande, il appartient au salarié de soumettre des éléments susceptibles de caractériser une inégalité de traitement. Il lui incombe à cet égard de démontrer qu'il est dans une situation identique ou similaire au regard de l'avantage invoqué à celle du salarié auquel il se compare (Soc., 4 avril 2018, pourvoi n° 17-11.814, P + B). Les éléments produits à l'appui de la demande ne doivent pas être de simples allégations, il doit soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de caractériser une inégalité de rémunération ou de traitement (Soc., 20 octobre 2010, pourvoi n° 08-19.748, Bull. 2010, V, n° 242, Soc., 12 juin 2013, pourvoi n° 11-14.458, Bull. 2013, V, n° 156) entre des salariés placés dans une situation identique ou similaire (Soc., 29 septembre 2021, pourvoi n° 19-19.074).

Le juge doit procéder à une analyse comparée de la situation, des fonctions et des responsabilités effectivement exercées par le salarié et les autres salariés auxquels il se compare (Soc., 12 janvier 2022, pourvoi n° 20-13.645 ; Soc., 10 mars 2021, pourvoi n° 19-16.724).

La chambre a considéré que constituaient des raisons objectives susceptibles de justifier une différence de traitement :

- . L'ancienneté ou l'expérience (Soc. 19 décembre 2007, n° 06-44.795 ; Soc. 21 janvier 2009, n° 07-40.609, Soc. 29 juin 2011 n° 10-15.082 ; Soc., 9 avril 2015, n° 13-28.779),

- . La possession d'un diplôme spécifique attestant de connaissances particulières utiles à l'exercice de la fonction occupée (Soc 10 novembre 2009, n° 07-45.528 ; Soc. 9 avril 2015, n° 13-28.779 ; Soc. 13 novembre 2014, n° 13-10.274 et 12-20.069, Bull V n° 264; Soc., 11 mai 2017, n° 16-10.132 ; Soc., 14 septembre 2022, pourvoi n° 21-12.175), mais la différence de qualification lors de l'embauche de deux salariés ne constitue pas nécessairement une raison objective à la différence de salaire et le juge doit rechercher si cette différence de qualification des salariés lors de leur engagement en 1999 constituait une raison objective et pertinente justifiant la disparité de traitement dans l'exercice des mêmes fonctions entre juillet 2014 et juillet 2015 (Soc., 13 septembre 2023, pourvoi n° 22-11.338).

- . La différence de parcours (Soc, 5 novembre 2016, pourvoi n° 15-11.235),

- . La charge de travail (Soc., 4 mars 2014, n° 12-28.303),

- . Les compétences (Soc., 10 octobre 2000, Bull. n° 317, pourvoi n° 98-41.389),

- . La différence de travail fourni et l'attribution de tâches plus larges (Soc., 9 décembre 2003, n° 01-43.039).

L'appréciation de l'existence d'éléments susceptibles de caractériser une inégalité de traitement - y compris l'identité de situation entre le demandeur et le salarié auquel il se compare - relève du pouvoir souverain des juges du fond (Soc., 31 mars 2012, pourvoi n° 10-17.957).

La Cour de cassation exerce toutefois un contrôle sur les déductions tirées par les juges du fond de leurs constatations, le principe d'égalité de traitement ne pouvant s'appliquer en l'absence de similarité ou d'identité de situations entre le demandeur et le salarié auquel il se compare (Soc 10 octobre 2013, n° 11-15.608 ; Soc., 4 avril 2018, pourvoi n° 16-27.703 et suivants, P + B).

Lors de la seconde étape de l'examen de la demande, il appartient aux juges du fond de vérifier si la différence de traitement qu'ils constatent repose sur des raisons objectives, dont ils doivent contrôler la réalité et la pertinence (Soc., 14 septembre 2016, pourvoi n° 15-11.386, Bull. 2016, V, n° 168).

Si l'appréciation des éléments de fait relève de leur pouvoir souverain, la déduction qui en est tirée fait l'objet d'un contrôle lourd par la Cour de cassation (Soc., 9 décembre 2015, pourvois n° 14-24.948 à n° 14-24.951, n° 14-24.953, Bull. 2015, V, n° 250).

Au cas présent, la cour d'appel a retenu :

« Si l'appelant fait justement valoir que lorsque la part variable de la rémunération dépend de la réalisation d'objectifs fixés unilatéralement par l'employeur, faute pour celui-ci d'avoir précisé au salarié les objectifs à réaliser ainsi que les conditions de calcul vérifiables, et en l'absence de période de référence dans le contrat de travail, ladite rémunération variable doit être payée intégralement, il sera cependant observé qu'outre le fait qu'aucun montant maximum de rémunération variable n'est fixé dans le contrat de travail précité, il apparaît qu'en toute hypothèse l'appelant ne sollicite pas le paiement de l'intégralité de la rémunération variable mais demande à la cour de faire application du principe d'égalité de traitement en comparant sa situation à celle d'un autre salarié de l'entreprise, M. [J], lequel a perçu une rémunération variable d'un montant de 625 000 euros au titre de l'année 2019.

[...]

En l'espèce, au vu des pièces versées aux débats permettant d'établir que M. [J], également embauché par la société BDL CAPITAL MANAGEMENT en qualité d'analyste financier, avec statut cadre, ainsi que cela résulte de son contrat de travail à durée indéterminée à compter du 1er septembre 2006, exerçait effectivement les mêmes fonctions d'analyste que l'appelant, M. [J] ne s'étant également jamais vu assigné aucun objectif ainsi que cela résulte de l'attestation rédigée par M. [I] en sa qualité d'ancien secrétaire général de la société lui ayant notamment permis d'assister aux décisions prises par les dirigeants en matière de rémunération, il apparaît que l'appelant soumet effectivement au juge des éléments de fait susceptibles de caractériser une inégalité de rémunération afférente au montant de la rémunération variable pour l'année 2019, l'intéressé se trouvant dans une situation identique à celle de M. [J], de sorte qu'il incombe à la société intimée de rapporter la preuve d'éléments objectifs de nature à justifier l'inégalité de traitement dont se plaint le salarié.

Or, au vu des éléments versés aux débats en réplique par l'employeur qui indique que M. [J] est un des salariés « pilier » de l'entreprise et l'un des analystes les plus performants, qu'il est présent dans l'entreprise depuis 2006 et est également cogérant du fonds BDL Transition et qu'il a enfin contribué à la réussite et au développement de l'entreprise et à la formation de ses collaborateurs quasiment depuis sa création en 2005, il sera tout d'abord observé que l'intimée ne peut utilement alléguer de l'existence d'une raison objective de traitement différencié liée à l'ancienneté ou au rôle de « pilier » de l'entreprise depuis sa création en 2005, lesdits critères étant inopérants et indifférents au regard de l'avantage considéré, de même que le fait que M. [J] exerce désormais les fonctions d'« analyste financier et co-gérant de fonds », l'avenant au contrat de travail de

l'intéressé y afférent n'ayant en effet été signé que le 20 février 2020, soit postérieurement à la période litigieuse.

Cependant, le contrat de travail initial de M. [J] ne prévoyant pas, à la différence de celui de l'appelant, que la rémunération variable serait fondée sur la réalisation d'objectifs personnels devant lui être assignés chaque année par la société mais que l'attribution de la prime variable serait effectuée en fonction de ses performances et des résultats financiers de BDL Capital Management, il apparaît que l'employeur est bien fondé à justifier la différence de traitement constatée relativement au montant de la rémunération variable par les performances de ce dernier et notamment le P&L (« profit and loss » en anglais) permettant de recenser les profits et les pertes générés par les préconisations des analystes financiers, celui généré par M. [J] et son équipe étant de 31,308 millions d'euros en 2019 contre un P&L négatif de - 15,318 millions d'euros pour l'équipe de M. [Q] et de - 5,361 millions d'euros pour M. [D]] ainsi que cela résulte des tableaux financiers justificatifs versés aux débats par la société intimée dont aucun élément produit en réplique par le salarié ne permet de remettre en cause la valeur probante ou d'établir le caractère mensonger, ledit P&L étant arrêté au mois d'octobre de chaque année correspondant à la date de clôture des comptes et de versement des primes variables ainsi que cela résulte des différents bulletins de paie versés aux débats.

Dès lors, au vu de l'ensemble des développements précédents, la cour retient que l'employeur produit des éléments objectifs, réels et pertinents permettant de justifier la différence de traitement constatée relativement au montant de la rémunération variable pour l'année 2019, de sorte qu'aucune atteinte au principe d'égalité de traitement ne peut être retenue à cet égard. Le jugement sera en conséquence confirmé en ce qu'il a débouté le salarié de ses demandes à ce titre. »

Réponse :

Les moyens ne sont pas fondés.

La cour d'appel, après avoir énoncé qu'il résultait du contrat de travail qu' " en plus de son salaire de base, le cadre sera éligible au versement d'une prime en fonction des résultats de la société et de la réalisation d'objectifs personnels qui lui seront assignés chaque année par la société. Le versement de cette rémunération variable est subordonné au travail effectif et à la présence du cadre dans les effectifs de la société au cours de la totalité de la période de référence sauf en cas de dispense de préavis à l'initiative de la société ", a constaté que l'employeur n'avait jamais fixé les objectifs assignés aux salariés et qu'aucun montant maximum de rémunération variable n'était fixé dans le contrat de travail.

Elle a relevé que les salariés ne sollicitaient pas le paiement de l'intégralité de la rémunération variable mais demandaient que soit fait application du principe d'égalité de traitement en comparant leur situation à celle d'un autre salarié de l'entreprise, M. [J], lequel avait perçu une rémunération variable d'un montant de 625 000 euros au titre de l'année 2019.

Dès lors que les salariés ne lui demandaient pas de fixer le montant de leur rémunération variable en fonction des critères fixés au contrat et/ou des éléments de la cause, mais en faisant application du principe d'égalité de traitement, ce sont ces règles qui s'appliquent.

Après avoir retenu que les salariés se trouvaient dans une situation identique à celle de M. [J] et qu'ils soumettaient effectivement au juge des éléments de fait susceptibles de caractériser une inégalité de rémunération afférente au montant de la rémunération variable pour l'année 2019, la cour d'appel a constaté que le contrat de travail initial de

celui-ci ne prévoyait pas, à la différence de celui des intéressés, que la rémunération variable serait fondée sur la réalisation d'objectifs personnels devant lui être assignés chaque année par la société mais que l'attribution de la prime variable serait effectuée en fonction de ses performances et des résultats financiers de BDL Capital Management et a, procédant à la recherche prétendument omise (3^{ème} branche), relevé que l'équipe dirigée par M. [J] avait réalisé un profit de 31, 3 millions d'euros en 2019, tandis que les équipes au sein de laquelle les salariés travaillaient avaient réalisé des pertes de 5,361 et 15,318 millions d'euros la même année.

Elle en a exactement déduit que la différence de traitement était justifiée par une raison objective et pertinente et que le principe d'égalité de traitement n'avait pas été méconnu (1^{ère} et 2^{ème} branches).

4 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Pourvois C2510107 et D2510108 formés par l'employeur (seconds moyens):

Automaticité des indicateurs de l'article L.1233-3 du code du travail pour caractériser des difficultés économiques :

1. Violation de la loi (article L.1233-3 du code du travail) : dès lors qu'une baisse du chiffre d'affaires est caractérisée sur les deux trimestres consécutifs précédant le licenciement, par rapport à la même période de l'année précédente, cette évolution est suffisamment durable pour caractériser des difficultés économiques, peu important qu'elle ne se poursuive pas postérieurement au licenciement
2. Défaut de base légale en retenant que la baisse du chiffre d'affaires au cours des 2 premiers trimestres 2020 n'était pas significative, durable et sérieuse au motif que ces deux trimestres correspondent à la période de Covid-19 sans s'expliquer sur la baisse des frais de gestion et honoraires de performances constituant le chiffre d'affaires de l'employeur avant cette période et la poursuite de l'effondrement de son chiffre d'affaires sur le trimestre postérieur au licenciement
3. Défaut de base légale se bornant à relever que la société reconnaît que les marchés financiers se sont redressés à compter de novembre 2020 sans rechercher si ce redressement était prévisible en juin 2020
- 4 Violation de la loi (article L.1233-3 du code du travail) : ni l'embauche d'un salarié sur un emploi de même nature plus de six mois après la rupture du contrat, ni la diffusion d'une offre d'emploi concomitamment au licenciement ne peuvent remettre en cause la réalité de la suppression de l'emploi

5 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

Sur le motif économique du licenciement et la suppression des postes des salariés (seconds moyens des pourvois de l'employeur).

Les trois premières branches des seconds moyens des pourvois de l'employeur portent sur le motif économique (5.1), la 4^{ème} branche sur la suppression de l'emploi (5.2)

5.1 Motif économique

Avant la loi du 8 août 2016, la jurisprudence retenait que les difficultés économiques devaient être distinguées des fluctuations normales du marché ou de la notion de rentabilité, et ce à partir d'un faisceau d'indices :

Ainsi ne suffisent à établir la réalité de telles difficultés

- ni la réalisation d'un chiffre d'affaires moindre, ni la baisse des bénéfices (Soc. 6 juillet 1999 pourvoi n° 97-41.036, Bull. V n° 327 ; Soc. 13 septembre 2012 pourvoi n° 11-18.480 ; Soc., 16 mai 2018, pourvoi n° 16-19.085 ; Soc., 27 novembre 2019, pourvoi n° 18-20.252)

- ni la seule baisse des résultats au cours de l'année précédant le licenciement (Soc. 8 novembre 2006 pourvoi n° 05-40.894) ou de la rentabilité (Soc., 22 janvier 2014, pourvois n° 12-23.045, 12-23.046),

- ni la seule perte d'un marché (Soc. 12 janvier 2012 n° 10-21.115, 29 janvier 2014 n° 12-15.925)

Les difficultés devaient donc être suffisamment importantes et durables (Soc. 8 décembre 2004 pourvoi n° 02-46.293 ; Soc., 6 mars 2019, pourvoi n° 18-13.227) mais une baisse de chiffre d'affaires intégrée à d'autres éléments pouvait permettre de retenir l'existence de difficultés économiques (Soc. 20 novembre 2001 pourvoi n° 99-46.131 ; Soc. 29 avril 2009 pourvoi n° 08-40.592 ; Soc. 5 mai 2017, pourvoi n° 16-10.301) ou encore un résultat de l'exercice déficitaire associé à des résiliations de contrats de plusieurs clients (Soc. 7 mai 2014 pourvoi n° 12-29.991) ou encore des pertes constantes dans l'exploitation de la société (Soc., 26 mars 2014, pourvoi n° 12-27.675).

Depuis la loi du 8 août 2016, cette jurisprudence exigeant la caractérisation de difficultés importantes est durable conserve toute sa pertinence en ce qui concerne les pertes d'exploitation, la dégradation de la trésorerie ou de l'excédent brut d'exploitation, mais le législateur a encadré l'appréciation de l'indicateur tiré de la baisse des commandes ou du chiffre d'affaires en introduisant des délais décomptés en trimestres variant selon la taille de l'entreprise.

En effet, le nouvel article L. 1233-3 du code du travail prévoit que les " difficultés économiques " sont " caractérisées soit par l'évolution significative d'au moins un indicateur économique tel qu' une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires, 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 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 ;

La chambre sociale a apporté les précisions suivantes :

Il appartient aux juges de procéder à la comparaison avec la même période de l'année précédente (**Soc., 26 mars 2025, pourvoi n° 23-15.141**).

Elle s'est prononcée pour la première fois sur la notion de " baisse significative des commandes ou du chiffre d'affaires " (**Soc., 1 juin 2022, pourvoi n° 20-19.957, publié au Bulletin**) :

- Elle a retenu une appréciation par trimestres glissants : par rapport à l'indicateur " de l'année précédente à la même période "

- Elle a retenu une comparaison de la période antérieure à la période contemporaine du licenciement.

L'objectif affiché de la loi de 2016 est de " sécuriser " la procédure en encadrant le pouvoir d'appréciation du juge.

Le rapport n° 3675 du 7 avril 2016 fait au nom de la commission des affaires sociales rappelle en effet que l'article L. 1233-3 répond à un double objectif :

- d'une part, sécuriser les entreprises aujourd'hui confrontées à l'incertitude sur le caractère justifié ou non des difficultés économiques à l'origine du licenciement ;
- d'autre part, contribuer au renforcement de l'attractivité du territoire national pour les grands groupes détenant des filiales en France.

La portée de la loi, bien que cherchant à objectiver la notion de difficultés économiques, est incertaine : la question peut se poser de savoir si " l'évolution significative " est constituée dès lors que le critère de durée est rempli ou si, outre le critère de durée, le juge devra caractériser l'ampleur de la dégradation.

Autrement dit, l'accomplissement de la condition de durée entraîne-t-il automatiquement la reconnaissance de difficultés économiques ou le juge conserve-t-il un certain pouvoir d'appréciation de l'ampleur ou du sérieux des difficultés économiques ?

La chambre sociale ne s'est pas encore prononcée sur le caractère automatique de la caractérisation du motif économique en cas de baisse de l'indicateur sur la durée prévue par la loi.

Toutefois, elle a rappelé qu'a contrario, si la baisse de l'indicateur invoqué par l'employeur n'est pas caractérisée à la date du licenciement, cela n'exclut pas l'existence d'un motif économique. Le juge doit examiner si l'évolution significative d'un autre indicateur ou tout autre élément justifie l'existence de difficultés économiques, selon bien sûr ce que soutient l'employeur dans ses conclusions

Soc. 21 septembre 2022, pourvoi n° 20-18.511 :

Vu l'article L. 1233-3, 1°, du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 : (...)

6. Il en résulte que si la réalité de l'indicateur économique relatif à la baisse du chiffre d'affaires ou des commandes au cours de la période de référence précédant le licenciement n'est pas établie, il appartient au juge, au vu de l'ensemble des éléments versés au dossier, de rechercher si les difficultés économiques sont

caractérisées par l'évolution significative d'au moins un des autres indicateurs économiques énumérés par ce texte, tel que des pertes d'exploitation ou une dégradation de la trésorerie ou de l'excédent brut d'exploitation, ou tout autre élément de nature à justifier de ces difficultés.

7. Pour dire que le motif économique du licenciement du salarié n'est pas avéré et que le licenciement est sans cause réelle et sérieuse, l'arrêt retient que la société se réfère pour preuve de ses difficultés aux bilans qu'elle produit des années 2013, 2014, 2015 et 2016 et ne justifie pas de sa situation à la date du licenciement autrement qu'en évoquant des résultats prévisionnels, en tout cas n'apporte pas la preuve de la baisse sur trois trimestres consécutifs courant 2016/1er trimestre 2017 des commandes et/ou du chiffre d'affaires.

8. En se déterminant ainsi, quand l'employeur invoquait également des capitaux propres inférieurs à la moitié du capital social et un niveau d'endettement s'élevant à 7,5 millions d'euros à fin décembre 2016, sans rechercher si ce dernier ne justifiait pas de difficultés économiques caractérisées soit par l'évolution significative d'au moins un des autres indicateurs économiques énumérés au 1° de l'article L. 1233-3 du code du travail, soit par tout autre élément de nature à les justifier, la cour d'appel a privé sa décision de base légale.

Malgré l'objectif affiché par la loi qui vise à encadrer le contrôle du juge, il ne semble pas résulter des travaux parlementaires la volonté d'exclure tout pouvoir d'appréciation sur la baisse des commandes ou du chiffre d'affaires (1°).

Les engagements internationaux de la France imposent que le juge dispose d'un certain contrôle du motif du licenciement « fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise » (2°).

La doctrine souligne la nécessité du maintien d'un pouvoir d'appréciation (3°) qui découle de l'ajout dans le projet initial du qualificatif « significatif » (4°)

Il conviendra d'opter pour un régime de présomption simple ou irréfragable que la doctrine tranche très majoritairement en faveur d'une présomption simple (5°).

1°) Les travaux parlementaires ne semblent pas exclure l'appréciation du juge quant à l'ampleur de la baisse des commandes ou du chiffre d'affaires :

Il résulte du rapport n° 3675 de M. Sirugue, fait au nom de la commission des affaires sociales, que la rédaction de l'article 30 du projet de loi fixant une série de critères caractérisant les difficultés économiques, a soulevé plusieurs interrogations de la part de la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale et notamment celle de savoir « *pourquoi n'a été retenu qu'un critère de durée pour évaluer les deux premiers indicateurs supposés des difficultés économiques d'une entreprise, sans prise en compte aucune de l'ampleur enregistrée de la baisse des commandes ou des pertes d'exploitation, par exemple* ».

Le rapporteur semble vouloir préserver un pouvoir d'appréciation du juge quant à l'importance des difficultés économiques : « *on rétorquera que le juge judiciaire pourra toujours estimer que le volume de la diminution du chiffre d'affaires ou de la dégradation de la trésorerie n'est pas suffisant pour caractériser les difficultés économiques . La rédaction choisie laisse néanmoins à penser que l'objectif recherché est de permettre à une entreprise de disposer d'un indicateur suffisamment précis pour savoir si elle se situe dans un contexte de difficultés économiques justifiant qu'elle procède à un ou des licenciements économiques. Autrement dit, une entreprise enregistrant des baisses de commandes pendant un an doit pouvoir considérer que ses difficultés économiques sont avérées et que les licenciements qu'elle engagerait sur ce fondement n'encourent pas l'invalidation en cas de contentieux. Or, peut-on réellement considérer qu'une très légère*

baisse des commandes, quand bien même serait-elle enregistrée pendant un an, suffit à caractériser des difficultés économiques ? Plusieurs interlocuteurs entendus par le rapporteur ont ainsi pu faire part de leurs doutes sur cet unique critère de durée, qui conduit en réalité à dessaisir le juge de sa capacité d'appréciation du caractère " sérieux " du licenciement, en ne lui concédant qu'un pouvoir d'appréciation sur son caractère " réel " (une baisse des commandes pendant x trimestres).

On sait en effet que les difficultés économiques doivent être suffisamment importantes aujourd'hui pour justifier une suppression d'emplois, ce qui n'est pas le cas par exemple de difficultés passagères (Cass. soc., 27 janvier 2009) ou encore d'une situation déficitaire depuis des années en l'absence d'aggravation (Cass. soc., 23 mai 2000) ».

Tenant compte de ces éléments, le projet de loi initial rédigé dans les termes suivants :

« " 1 ° À 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 ° À des mutations technologiques ;

" 3 ° À une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité ;

" 4 ° À la cessation d'activité de l'entreprise.

" La matérialité de la suppression, de la transformation d'emploi ou de la modification d'un élément essentiel du contrat de travail s'apprécie au niveau de l'entreprise.

" L'appréciation des difficultés économiques, des mutations technologiques ou de la nécessité d'assurer la sauvegarde de sa compétitivité s'effectue au niveau de l'entreprise si cette dernière n'appartient pas à un groupe et, dans le cas contraire, au niveau du secteur d'activité commun aux entreprises implantées sur le territoire national du groupe auquel elle appartient.

" Ne peuvent constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement pour motif économique les difficultés économiques créées artificiellement à la seule fin de procéder à des suppressions d'emplois . " ; »

a été rédigé ainsi à la fin de la première lecture par l'assemblée nationale (et c'est également la rédaction finale), pour ajouter la référence au caractère significatif des difficultés économiques :

« " 1 ° 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 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 ;

" 2° À des mutations technologiques ;

" 3° À une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité ;

" 4° À la cessation d'activité de l'entreprise.

" La matérialité de la suppression, de la transformation d'emploi ou de la modification d'un élément essentiel du contrat de travail s'apprécie au niveau de l'entreprise. " ; »

Yasmine Tarasewicz et Estelle Coulombe rappellent que la commission des affaires sociales a tenu à introduire le qualificatif « significatif », ce qui, selon elles, implique la volonté de laisser au juge un certain pouvoir d'appréciation des difficultés économiques :

« 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 Mme 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 manoeuvre 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) . » ³

2°) L'exigence d'un contrôle du motif valable du licenciement par un organe impartial : l'article 24 de la Charte sociale européenne et l'article 4 de la Convention n° 158 de l'OIT :

L'article 24 de la Charte sociale européenne (Droit à la protection en cas de licenciement) énonce que :

« En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection en cas de licenciement, les Parties s'engagent à reconnaître :

a- le droit des travailleurs à ne pas être licenciés sans motif valable lié à leur aptitude ou conduite, ou fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service ;

b- le droit des travailleurs licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée.

A cette fin les Parties s'engagent à assurer qu'un travailleur qui estime avoir fait l'objet d'une mesure de licenciement sans motif valable ait un droit de recours contre cette mesure devant un organe impartial. »

Le digest de jurisprudence du Comité précise que : « Les motifs économiques de licenciement doivent être fondés sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service (Conclusions 2016, Lettonie). L'appréciation s'appuie sur l'interprétation de la législation par les juridictions nationales (ibidem). Les tribunaux doivent avoir compétence pour examiner les affaires de licenciement au vu des faits qui sont à l'origine des raisons économiques invoquées, et non pas seulement sur des points de droit (Conclusions 2012, Türkiye). L'article 24 de la Charte requiert de ménager un équilibre entre le droit d'un employeur de diriger/gérer son entreprise comme il l'estime opportun et la nécessité de protéger les droits des salariés (Conclusions 2016, Lettonie). »

L'article 4 de la Convention n° 158 de l'OIT énonce que :

« Un travailleur ne devra pas être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service. »

Pascal Lokiec estime que « le texte encadre la durée des baisses d'activité, pas leur degré ce qui obligera le juge à apprécier si une baisse de 0,4 %, de 1 %, de 3 % etc., est ou non significative ! Il ne pouvait d'ailleurs en être autrement car en allant plus loin dans la quête de sécurisation, on se serait heurté à la convention 158 OIT (art. 8) dont les dispositions sont incompatibles avec une législation qui réduirait le juge au rang de chambre d'enregistrement !

Le cas espagnol

L'expérience espagnole est édifiante de ce point de vue. Elle a sans nul doute inspiré cette volonté d'objectiver les difficultés économiques par des durées prédéfinies puisque la diminution du chiffre d'affaires ou des commandes y constitue, depuis 2012, un motif économique de licenciement si elle se vérifie pendant trois trimestres consécutifs par rapport à la même période de l'année précédente. Force est néanmoins de remarquer qu'un certain nombre de juges espagnols (l'Espagne est comme la France signataire de la convention 158 OIT) ont passé outre au critère des trois trimestres pour réintroduire un contrôle de raisonabilité (10) . Des résistances que l'on retrouverait très vraisemblablement du côté des juges en France si une logique identique devenait loi.

Dans cette perspective, il paraît essentiel de préserver les marges d'appréciation qu'ont à présent les juges, ce qui, de prime abord, peut passer par l'ajout au texte du projet de l'adjectif (« significatif »), ou par le recours à la technique du faisceau d'indices ; c'est ce qui résulte en apparence de la nouvelle mouture du texte qui fait référence 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 » (11) . Ces marges ne sont en réalité pas préservées : la prise en compte d'un seul indicateur ne caractérise pas un faisceau d'indices (12). » ⁴

Serge Froissard souligne que le respect par la France de ses engagements internationaux a conduit le législateur à maintenir dans la rédaction définitive de l'article L. 1233-3 une possibilité d'une évaluation par le juge des difficultés économiques :

« S'il transparaît bien la tentation de tarir le contentieux relatif au caractère sérieux des difficultés économiques, le contenu de celles-ci devenant plus objectif et étant davantage soustrait au pouvoir d'appréciation du juge, cette recherche se heurte fondamentalement à une limite . En effet, la convention internationale du travail n° 158, ratifiée par la France, prévoit non seulement, pour « un travailleur qui estime avoir fait l'objet d'une mesure de licenciement injustifiée » un « droit de recourir contre cette mesure devant un organisme impartial tel qu'un tribunal » (art. 8), mais aussi qu'« en cas de licenciement motivé par les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service, les organismes mentionnés à l'article 8 de la présente convention devront être habilités à déterminer si le licenciement est intervenu véritablement pour ces motifs » (art. 9, § 3). Les règles d'une convention internationale ratifiée par la France ayant une autorité supérieure à celle des lois (Const., 4 oct. 1958, art. 45), le législateur est donc lié par elles et les règles légales s'interprètent à leur lumière. Dès lors, il résulte du texte de la convention que la loi ne peut priver les juges de tout pouvoir d'appréciation du contenu des difficultés économiques invoquées comme motif . La prise en compte des engagements internationaux de la France a d'ailleurs permis, lors de l'élaboration du texte légal, d'amender l'avant-projet dont la rédaction initiale prévoyait une automaticité de la qualification de difficultés économiques en cas de baisse des commandes ou du chiffre d'affaires sur la période de référence indiquée (V. Étude d'impact de la loi Travail. – V. aussi sur la question P. LOKIEC, Le motif économique malmené dans le projet de loi Travail, Sem. soc. Lamy 2016, n° 1718). Le contenu définitif du texte réformé de l'article L. 1233-3 ménage la possibilité d'une évaluation par le juge des difficultés économiques, même si celle-là apparaît maintenant assez encadrée par le texte . » ⁵

Selon M. Wolmark, entendre la formule « évolution significative » comme « évolution devant être symptomatique » d'une situation économique dégradée pourrait « *avoir quelque affinité avec le droit international et européen, lequel fonde une exigence de sérieux du motif de licenciement sur la protection contre le licenciement injustifié*(48). L'article 24 de la Charte sociale européenne et l'article 4 de la convention 158 de l'OIT disposent en ce sens que le « droit à la protection en cas de licenciement » comporte « le droit des travailleurs à ne pas être licenciés sans motif valable lié à leur aptitude ou conduite, ou fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise »(49). Le comité prévu par l'article 24 de la Constitution de l'OIT a eu l'occasion de donner quelques précisions sur la portée de l'article 4 de la

convention n° 158 OIT(50). Saisi d'une réclamation contre les dispositions espagnoles, inspiratrices de l'article 67, permettant notamment de déclarer justifié le licenciement pour motif économique consécutif à une baisse du chiffre d'affaires, le comité n'a refusé de constater une violation de l'article 4 de la convention qu'au vu des jugements espagnols préservant « l'existence d'un vrai examen judiciaire des licenciements économiques » (Recommandation du CA de l'OIT, 11 juin 2014, n° 264). Reste que le comité n'est pas allé jusqu'à affirmer que la convention impose qu'un juge puisse contrôler que l'employeur donne un motif de licenciement suffisamment sérieux. Aussi est-il intéressant de se tourner vers le contrôle de la cohérence de la décision de l'employeur. » ⁶

3°) La nécessité de conserver un pouvoir d'appréciation :

Pascal Lokiec soutient que le juge doit conserver un pouvoir d'appréciation sur l'ampleur de la baisse d'activité :

L'article L. 1233-3 1° « innove d'abord par l'objectif de sécurisation de la rupture, qui se traduit par un nombre prédéterminé de trimestres, plus ou moins important en fonction de la taille de l'entreprise. Un bémol s'impose cependant à cet objectif de sécurisation, dès lors que le juge devrait logiquement - ce malgré une formulation équivoque de la loi nouvelle - conserver un pouvoir d'appréciation non plus sur la durée, mais sur l'ampleur de la baisse d'activité (le caractère « significatif » de la baisse). » ⁷

Frédéric Géa affirme que le juge conservera une marge d'appréciation :

« S'il s'agit de contraindre l'appréciation du juge - à défaut de pouvoir la neutraliser(8) - par le recours à des critères forgés avec le concours des services ministériels de Bercy, le choix de spécifier le mode de comparaison pour ces deux indicateurs économiques et de moduler cette évaluation en fonction de la taille de l'entreprise révèle que cette modification est, avant tout, destinée aux petites et moyennes entreprises. L'exposé des motifs du projet de loi l'exprimait clairement : « L'objectif de cette codification est 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 », et ce, était-il ajouté, afin de lever « les freins à l'embauche lorsque le chef d'une PME hésite à recruter »(9). Les promoteurs de la réforme semblent n'avoir pas perçu que le dispositif en cause est de nature, paradoxalement, à rendre plus difficile l'invocation de difficultés économiques en vue de justifier des licenciements lorsque l'entreprise présente une certaine taille. Car, à prendre aux mots cette disposition légale, une entreprise d'au moins 300 salariés qui se trouve confrontée à une baisse de son chiffre d'affaires ne satisfera au critère la concernant que si cette baisse se trouve caractérisée sur une durée d'un an (« quatre trimestres consécutifs », précise le texte), qui plus est à l'aune de chiffre d'affaires de l'année précédente - alors que, souvent, nous semble-t-il, elle aspirera à se montrer beaucoup plus réactive. Certes, contrairement à l'illusion qu'il véhicule, ce dispositif n'ouvrira pas sur une mathématique appliquée, et le juge, en toute hypothèse, conservera une marge d'appréciation, afin de juger si la baisse (des commandes ou du chiffre d'affaires) apparaît significative et, d'une façon plus générale, si les éléments invoqués par l'employeur constituent de bonnes raisons de licencier. Pourquoi, dès lors, avoir pris le risque de générer de telles équivoques ? Pour déjouer la peur de l'embauche et apporter une réponse à la croyance suivant laquelle l'instauration de motifs prédéterminés de rupture du contrat de travail favoriserait l'embauche. Telle est la représentation sous-jacente. » ⁸

Thomas Hollande considère que l'exclusion de tout pouvoir d'appréciation du juge est très contestable :

« Dans le champ de la présomption légale, certes limité à deux des cinq indicateurs listés par l'article L. 1233-3 du code du travail, à savoir la baisse des commandes ou du chiffre d'affaires, le juge semble privé de tout pouvoir d'appréciation. C'est ce que confirme la Cour de cassation dans son arrêt du 1er juin 2022 (pourvoi n° 20-19.957). Dans cette affaire, la cour d'appel avait cru pouvoir retenir l'existence de difficultés économiques sur la base de l'indicateur relatif au chiffre d'affaires, en dépit de la hausse du chiffre d'affaires sur le trimestre précédant l'engagement de la procédure de licenciement, à savoir le premier trimestre de l'année 2017. Pour motiver sa décision, les juges d'appel avaient pris soin de relever, d'une part, qu'il était justifié du recul de quatre trimestres consécutifs de chiffre d'affaires sur l'année 2016 par rapport à l'année 2015 et, d'autre part que « la modeste augmentation de 0,50 % du chiffre d'affaires du premier trimestre

2017 par rapport à celui de 2016, n'[était] pas suffisant pour signifier une amélioration tangible des indicateurs ». La chambre sociale censure sèchement la cour d'appel en relevant qu'il résultait de ses constatations que la durée de la baisse du chiffre d'affaires n'égalait pas quatre trimestres consécutifs précédant la rupture pour cette entreprise de plus de trois cents salariés.

Le caractère significatif de l'évolution de l'indicateur relatif aux commandes ou au chiffre d'affaires n'est ainsi apprécié qu'en fonction du nombre de trimestres de baisse et non de l'importance de cette baisse, ni de son impact concret sur la situation économique et financière de l'entreprise. Si elle est conforme à la volonté du législateur, cette exclusion de tout pouvoir d'appréciation du juge nous paraît ainsi très contestable. Certes, dans l'arrêt du 1er juin 2022, cela aboutit à une solution favorable au salarié. Mais, dans bien des cas, elle se retournera contre lui. À titre d'exemple, une baisse très limitée du niveau de commandes ou du chiffre d'affaires, sur le nombre de trimestres requis en fonction de l'effectif de l'entreprise, suffira à caractériser des difficultés économiques, y compris dans le cas où cette baisse minime s'accompagnerait d'une augmentation des bénéfices de l'entreprise ; il en irait de même en cas de baisse intervenant à la suite d'une période de croissance exceptionnelle par rapport aux années précédentes. Cette exclusion de tout pouvoir d'appréciation du juge est d'autant plus critiquable qu'elle ne permet nullement d'atteindre l'objectif de sécurité juridique recherché par le législateur. En effet, la rédaction approximative du texte génère de nombreuses questions d'interprétation qui restent encore à trancher près de sept ans après l'entrée en vigueur de la loi. » ⁹

Marguerite Kocher soutient également la nécessité d'un contrôle du juge :

« Parés des atours de l'objectivité (31) et de la simplicité, les outils de mesure comptables paraissent a priori parfaitement répondre à l'objectif de clarification des difficultés économiques. Cependant, admettre la possibilité de caractériser la cause économique du licenciement à l'aune de ces seuls outils de mesure conduit à limiter considérablement la portée de la discussion judiciaire et ce faisant, le processus d'objectivation propre à l'activité judiciaire (32). Le cadre du débat est restreint (33) et de surcroît, l'apparente neutralité de l'indicateur économique tend à rendre la mesure de la contrainte économique indiscutable ou presque. Le risque est non seulement de réduire le débat contradictoire, principe démocratique essentiel du procès, à un simulacre, mais encore de perdre de vue que le licenciement économique est avant tout une décision de l'employeur (34) autour de laquelle se cristallise un conflit de valeurs (35) qu'il appartient au juge d'évaluer et de trancher. » ¹⁰

Pour M. Bernard Boublil¹¹, la baisse du chiffre d'affaires ou des commandes doit être « significative » pour constituer un motif de licenciement :

« Outre que l'autonomie du motif pourrait ressusciter un débat sur les limites du litige fixée par la lettre de licenciement, quelques interrogations élémentaires, y invitent :

- Les quatre trimestres consécutifs lorsque l'entreprise emploie au moins 300 salariés, s'entendent-ils de ceux de l'année civile ? Faut-il au contraire tenir compte de ceux qui ont précédé la notification du licenciement, qui, en jurisprudence est la date qui permet d'apprécier la réalité du motif économique (Cass. soc., 12 déc. 1995 n° 94-41.765, Bull. civ. V, n° 342 ; Cass. soc., 28 juin 2000 n° 98-43.935) ? Que dire de l'évolution du chiffre d'affaires entre l'engagement de la procédure et le prononcé de la rupture ? Quel repère pour apprécier la baisse : le chiffre d'affaire de l'exercice précédent ?

- Que décider si au cours de cet exercice le chiffre a grimpé sensiblement, à effectif constant, et que la baisse enregistrée sur les quatre trimestres consécutifs prévus par la loi, n'empêche pas le chiffre d'affaires réalisé d'être supérieur à celui antérieur à l'exercice de référence ?

- Quel est le niveau de baisse susceptible de constituer un motif pertinent (un arrêt avait jugé qu'une baisse minime n'est pas opérante : Cass. soc., 28 avr. 1998, n° 96-40.537, Semaine sociale Lamy n° 886, p. 10) ? S'en satisfera-t-on si les résultats sont satisfaisants ?

[...]

Il est probable que la baisse à prendre en compte doive être significative et que les employeurs avisés ne procéderont à des licenciements qu'en ce cas. »

4°) La double signification de l'adjectif « significatif » :

Selon la doctrine, l'adjectif « significatif » a un double sens : il est d'une part synonyme d'important et, d'autre part, synonyme de « révélateur » des difficultés économiques.

C'est ainsi que Marguerite Kocher estime que : « Lorsque les indicateurs économiques sont mobilisés, une « évolution significative d'au moins un indicateur économique » est nécessaire et suffisante. Si ce critère renvoie bien à l'ampleur des difficultés économiques, deux interprétations concurrentes, déterminantes de la latitude du juge (20) , peuvent être retenues. Selon une première approche, l'adjectif « significatif » est synonyme d'« important ». Rapportée à un indicateur, l'évolution « significative » est celle « quantitativement importante ». Le contrôle judiciaire consiste à apprécier in abstracto et pour elle-même une mesure chiffrée. Dans un cadre d'appréciation aussi étroit, l'objectif de prévisibilité prime sur la pertinence de l'analyse de situation . Selon une seconde approche, l'évolution d'un indicateur économique est « significative », au sens de « être le signe, le révélateur » de difficultés économiques . Cela suppose de la relier à la situation concrète qu'elle est censée révéler. Le juge contextualise les données et apprécie leur capacité à donner une représentation adéquate de la situation de l'entreprise. L'évolution d'un seul indicateur économique même quantitativement importante n'est dès lors pas ipso facto significative. Cette approche permettrait de redonner une certaine marge de manœuvre au juge, d'autant plus importante que l'appréciation de la durée significative des difficultés économiques s'exerce désormais dans un cadre prédéfini restreint . »

Elle ajoute que :

« Prendre ses distances avec l'objectivation comptable des difficultés économiques pour redonner de l'épaisseur au contrôle judiciaire suppose de soumettre au débat contradictoire les données chiffrées. La qualité du débat contradictoire sur les éléments probatoires conditionne celle de la « vérité judiciaire » et in fine la légitimité de la décision rendue (40) . Dans le cadre de son pouvoir d'interprétation, le juge pourrait retenir une approche contextualisée de la notion d'« évolution significative ». La discussion s'engagerait alors sur le caractère « significatif » de l'évolution de l'indicateur non seulement au regard de son ampleur mais aussi de sa capacité à donner une juste représentation des difficultés économiques de l'entreprise.

Dans cette perspective, le débat contradictoire occupe une place centrale, l'échange de vues opposées pouvant être alimenté par tout élément probatoire (41) , chiffré ou factuel, destiné à éclairer le juge et à emporter sa conviction, celui-ci pouvant jouer un rôle actif en invitant, par exemple, les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige (42) . Le contrôle de motivation de la lettre de licenciement conforte une telle approche. Selon une jurisprudence toujours d'actualité, la lettre de licenciement doit énoncer des faits précis et matériellement vérifiables. La seule mention d'une baisse d'activité, sans autre précision, ne satisfait pas à cette exigence (43) . Il appartient à l'employeur d'éclairer la baisse d'un indicateur économique par des faits précis tirés du contexte de l'entreprise (44) . La motivation de la lettre de licenciement, qui peut être soulevée d'office par le juge (45) , permettrait ainsi d'amorcer le débat contradictoire sur le terrain de l'évolution « significative » de l'indicateur économique.

Ouvrir la discussion, tout en restant dans le cadre fixé par la loi (46) , permet de rétablir le processus de connaissance spécifique à l'activité judiciaire et, pour le juge, d'apprécier le sérieux des difficultés économiques de la manière la plus éclairée possible . » [12](#)

Pour M. Wolmark, l'interprétation de l'article L. 1233-3 suppose de donner un sens à l'adjectif « significatif » et ce sens ne peut se limiter à le considérer comme simplement synonyme d'important, la variation, même d'ampleur, de l'indicateur isolé ne garantissant pas l'existence de véritables difficultés. Il faut entendre la formule « évolution significative » comme « évolution devant être symptomatique » d'une situation économique dégradée. :

« En revanche, il faut concéder que l'article L. 1233-3 innove lorsqu'il donne des indications chiffrées relatives aux périodes de baisse du chiffre d'affaires ou des commandes constituant une « baisse significative ». Sur ce point, le texte laisse penser que seule la durée est à prendre en compte et que l'ampleur de la baisse pourrait se révéler indifférente. On ne fera pas injure aux magistrats en laissant croire qu'une baisse minime sur la période définie légalement pourrait être jugée comme constitutive de difficultés

économiques. À s'en tenir là, la loi n'aurait fait, en somme, que préciser le sens de difficultés économiques, lui apportant quelques corrections.

Pareille analyse manque pourtant l'altération majeure de la notion : la caractérisation des difficultés économiques par un seul et unique indicateur. Celle-ci emporte trois effets qui offrent à l'employeur la possibilité, dans certaines situations, de licencier sans que le sérieux des difficultés ne soit en réalité avéré. En premier lieu, le débat est susceptible d'être limité à un indicateur comptable, donc construit et manipulable, et ce même sans qu'une fraude puisse être relevée (24). En second lieu, le choix de l'indicateur sur lequel portera le débat appartient à l'employeur. En troisième et dernier lieu, ce choix emporte, à suivre la lettre de l'article (v. toutefois infra, B), la clôture du débat judiciaire sur ce seul symptôme des difficultés. Dès lors, la démonstration des difficultés paraît bien peu exigeante. Que l'on songe à une dégradation de l'EBE, qui peut intervenir une année de bénéfices fastes grâce à des produits financiers importants. La baisse sur courte période des commandes - qui peut du reste être déconnectée de la baisse du chiffre d'affaires - appelle de semblables remarques. Elle ne constitue pas nécessairement, loin de là, le symptôme de réelles difficultés économiques, les commandes pouvant baisser dans un contexte d'augmentation des prix des prestations ou des marchandises vendues. La baisse du chiffre d'affaires par rapport à l'année précédente, enfin, ne signale pas nécessairement des difficultés importantes : elle peut être compensée à court terme, suivre une saisonnalité non annuelle... La prise en compte de la seule dégradation de la trésorerie prête encore davantage le flanc à la critique : elle ne reflète parfois que l'attente du règlement d'un créancier ou pire, la nécessité d'investir ou de procéder à des achats avant de répondre à une forte commande. Où seraient alors les difficultés économiques ?

Si, comme le suggère l'article L. 1233-3, il n'est pas possible de contrecarrer l'apparence créée par un indicateur comptable par d'autres éléments, c'est au fond l'équilibre que tente de tenir le contrat de travail entre stabilité de l'emploi et coût pour l'entreprise qui se voit menacé.

2. - Le déplacement de la frontière du risque économique

Rappelons en effet que le contrat de travail peut être compris comme une convention de répartition des risques(25) ; d'aucuns y voient même son économie(26). À suivre ces riches analyses, les risques économiques, i.e. les aléas de la conjoncture, les erreurs de stratégie et leurs impacts sur la santé de l'entreprise, doivent être supportés par l'employeur : le prix du travail et le volume d'emploi ne sont pas directement et immédiatement corrélés au volume du chiffre d'affaires, à l'évolution du bénéfice... Cette attribution du risque économique à l'employeur est la contrepartie du profit qu'il retire de l'activité et du pouvoir de direction et d'organisation qu'il détient. L'employeur - on le sait - peut néanmoins transférer une partie des risques économiques sur le salarié à travers des clauses d'objectifs, ou de résultats. Il peut même faire totalement basculer le risque lié à la conjoncture économique sur le salarié en le licenciant. Dans cette perspective, les motifs économiques de licenciement (tels qu'interprétés par la Cour de cassation) constituent le curseur à partir duquel le droit autorise l'employeur à opérer le transfert des risques économiques de l'employeur vers le salarié(27). Ainsi, plus les conditions de justification du licenciement pour motif économique sont strictes, plus l'employeur doit supporter les risques économiques et protéger le salarié des aléas du marché. Plus les conditions s'assouplissent, à l'instar du mouvement opéré par le nouvel article L. 1233-3, plus le transfert des risques s'opère vers le salarié.

Le trait s'accuse encore davantage lorsque l'on porte l'attention sur l'indicateur relatif à la baisse du chiffre d'affaires ou des commandes. La déconnexion, déjà relative, entre le marché des produits et le niveau de l'emploi dans l'entreprise est ici frontalement remise en cause.

L'entreprise comme écran entre le marché et les salariés se fissure(28). C'est au fond le salariat lui-même qui se corrode, car l'entreprise a la faculté de déstocker la main-d'oeuvre comme la marchandise. Le travail devient liquide(29). Pareil retournement dans l'appréciation de la cause économique de licenciement implique la neutralisation du juge.

3. - La neutralisation du juge

Le juge judiciaire était déjà la cible de la loi dite de sécurisation de l'emploi de 2013(30). Il le reste dans l'article 67 de la loi Travail(31). Le pouvoir d'interprétation du juge se voit réduit à peau de chagrin par les précisions législatives apportées à la catégorie de difficultés économiques. En effet, rappelons que celle-ci est caractérisée dès lors qu'est démontrée l'« évolution significative d'un indicateur économique », cette dernière formule faisant également l'objet de précisions chiffrées dès lors que sont en cause le chiffre

d'affaires et les commandes. Le juge est ainsi pris dans un entonnoir interprétatif : appelé à se prononcer sur les difficultés économiques, il n'aura souvent à examiner qu'une donnée comptable, parfois sur une durée déterminée. Il se voit ainsi cantonné au rôle d'agent mécanique d'application d'une règle fondée sur des inscriptions comptables dont il suffirait de faire état. Dès lors, la rupture ne se situe pas seulement dans la teneur des difficultés économiques mais aussi dans leur appréciation judiciaire. Dans le contentieux du licenciement pour motif économique, les plaideurs développaient jusqu'alors des argumentations riches, tranchées par le juge, composant et discutant diverses données financières et stratégiques dépassant l'observation d'un seul indicateur comptable. Cet effort semble désormais inutile dans nombre de situations.

En France, la proximité entre cet aspect de la réforme et les préconisations de certains courants de la théorie économique, mettant l'accent sur les anticipations de l'employeur que le juge déjouerait, a été à juste titre soulignée(32). Cependant la modification législative ne porte pas seulement sur une objectivation comptable des difficultés économiques, comme dans le droit espagnol(33). Elle permet également à l'employeur de choisir - et de jouer sur - l'indicateur économique qui sera l'objet du débat judiciaire. Autrement dit, l'article 67 permet à l'employeur d'imposer un indicateur au juge de sorte que celui-ci pourrait se trouver dépossédé de sa capacité même d'examiner l'existence de difficultés économiques. Affleure ici le droit italien du travail, dans lequel le juge se voit imposer l'interprétation patronale des « raisons inhérentes à la production, à l'organisation du travail et à son fonctionnement »(34), car le juge ne saurait substituer son appréciation des difficultés économiques à celle de l'employeur. En somme, l'intervention judiciaire est condamnée car elle serait non seulement inefficace - elle déjoue les calculs de l'employeur - mais aussi illégitime, le juge ne devant pas s'immiscer dans les choix de gestion.

Reste qu'à l'instar des réformes italiennes et espagnoles, l'article 67, par les fortes conséquences qu'il charrie, pourrait se voir malmené au moyen de l'invocation de règles supérieures, au premier rang desquels le droit à l'emploi.

[...]

2. - Interpréter, à la lumière du droit à l'emploi, le caractère sérieux des difficultés économiques : « de la signification de « significatif »

Le droit à l'emploi, en ce qu'il englobe une protection contre la rupture du lien contractuel, devrait justifier un contrôle judiciaire approfondi du motif sérieux de licenciement. Rappelons en effet que l'inanité de certains indicateurs associée à leur appréciation isolée oblige à se demander si le législateur n'a pas permis qu'un licenciement sans véritable motif puisse être prononcé . Dans cette perspective, une première argumentation pourrait prospérer afin d'assurer la protection de l'emploi. Elle n'exige, à dire vrai, pas nécessairement le renfort du droit à l'emploi, mais elle y trouve un aliment puissant. Elle s'appuie sur la lettre de l'article 67 qui dispose que des difficultés peuvent être caractérisées par « l'évolution significative d'au moins un indicateur économique » ou que la baisse du chiffre d'affaires ou des commandes doit être « significative ». L'adjectif « significatif » peut être entendu de deux façons : il peut d'abord indiquer l'ampleur de l'évolution de l'indicateur. Il peut aussi désigner le fait que la variation constatée est évocatrice de difficultés plus vastes, elle en est le « signe ». Pour trancher entre ces deux interprétations, il est loisible de se tourner vers l'article précédent, l'article L. 1233-2, qui pose comme principe que tout licenciement doit être doté d'une cause réelle et sérieuse, exigence interprétée à la lumière de l'objectif constitutionnel du droit à l'emploi. Dès lors, significatif ne peut être simplement synonyme d'important, la variation, même d'ampleur, de l'indicateur isolé ne garantissant pas l'existence de véritables difficultés. Il faut entendre la formule « évolution significative » comme « évolution devant être symptomatique » d'une situation économique dégradée . Pareille interprétation conduit à accorder à la présentation de l'évolution d'un unique indicateur comptable une valeur de vraisemblance de situation économique dégradée, laissant supposer l'existence de difficultés économiques. Cela n'interdit pas alors à l'autre partie de combattre cette apparence. Ainsi, les plaideurs seraient conduits à bâtir, dans le débat judiciaire, une argumentation fondée sur différents éléments, dotant les termes difficultés économiques d'une substance un peu plus dense que celle résultant de la prise en compte d'un indicateur isolé. » ¹³

Serge Froissard propose une interprétation assez proche ¹⁴ :

« Si les indications légales encadrent le pouvoir d'appréciation du juge en facilitant le constat des difficultés économiques, elles ne le font pas pour autant disparaître . Le 1° de l'article L. 1233-3 se réfère en effet à une évolution « significative » d'au moins un indicateur. En première lecture, on comprend spontanément que

l'adjectif « significative » vise l'intensité de l'évolution, son ampleur quantitative . Cette dimension n'est sans doute pas absente dans le sens à retenir mais il est loisible de ne pas l'y cantonner. Dans un second sens, « significatif » renvoie à ce qui renseigne sur quelque chose, est révélateur (J. REY-DEBOVE, A. REY et alii, Petit Robert, dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, 2017, Le Robert). Dans cette acception plus qualitative, l'évolution significative d'un indicateur peut être appréhendée comme une évolution qui fait sens. L'appréciation n'est plus isolée de son contexte et prend en compte l'environnement (V. dans ce sens T. SACHS, article préc., RDT 2016. 666 , spéc. p. 668). Même pour la baisse du chiffre d'affaires ou des commandes, qui est déclarée significative si elle est observée sur une certaine période par rapport à la même période de l'année précédente, il ne serait pas toujours convaincant de déclarer que les difficultés économiques justifient le licenciement en se fondant exclusivement sur les données légales du 1° de l'article L. 1233-3. Ainsi, on peut très bien constater une baisse du chiffre d'affaires sur la période mentionnée par la loi qui ne prend sens que lorsque l'on regarde le contexte. La baisse du chiffre d'affaires en question peut très bien s'expliquer par le fait que sur la même période de l'année précédente l'entreprise a traité une commande tout à fait exceptionnelle. La baisse du chiffre d'affaires traduit de la sorte un retour à la normale et non une situation de difficulté. Dans d'autres cas, se contenter de la seule dimension quantitative dans l'appréciation de l'évolution significative d'un indicateur peut prêter la main à des pratiques contestables. Si la baisse du chiffre d'affaires s'explique par l'exercice du droit de grève d'un certain nombre de salariés, se borner à n'examiner que des données chiffrées fait émerger la tentation d'utiliser le licenciement pour motif économique comme voie de contournement à la protection légale des salariés grévistes (C. trav., art. L. 2511-1). Légitimer des pratiques de fraude à la loi ne semble pas un horizon souhaitable. Plus généralement, l'interprétation qui sera retenue du caractère significatif de l'évolution d'au moins un indicateur permettra de constater dans quelle mesure le droit positif encourage une conception visant à faire peser plus largement sur les salariés les risques de l'activité. »

5°) La présomption posée par l'article L. 1233-3 est-elle simple ou irréfutable ?

- Certains auteurs considèrent que le juge doit conserver un certain pouvoir d'appréciation des difficultés économiques, même si la durée de la baisse du chiffre d'affaires ou des commandes est établie dans les conditions de l'article L. 1233-3 du code du travail. La présomption instaurée par cet article serait donc **simple** :

Tatiana Sachs considère que la présomption posée par l'article L. 1233-3 peut être renversée par la preuve contraire apportée par le salarié et qu'en définitive, cet article a pour effet d'alourdir le fardeau de la preuve pesant sur le salarié, sans pour autant exclure le débat judiciaire sur les difficultés économiques :

« 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 . » ¹⁵

Bernard Teyssié s'interroge : « S'il est permis d'attendre que d'une « baisse significative » atteignant les niveaux précédents soit tirée une présomption de cause réelle et sérieuse, de quelle force sera-t-elle dotée ? Il y a toute raison de penser qu'elle n'excédera pas le seuil de la présomption simple, offerte aux coups de boutoir de quelque plaideur habile. Les juges sauront-ils éviter d'y donner trop souvent une suite favorable ? Auront-ils la volonté de préserver un texte qui, peu ou prou, vise à limiter leur pouvoir d'appréciation ? Le passé ne garantit pas qu'à cette question une réponse positive soit apportée . » ¹⁶

Eméric Jeansen estime qu'il serait préférable de faire prévaloir une interprétation téléologique du texte sur une interprétation littérale ¹⁷ :

« 6. - Importance de la baisse. – Jusqu'alors, la Cour de cassation retenait qu'une baisse peu importante du chiffre d'affaires ne caractérisait pas des difficultés économiques sérieuses justifiant un licenciement pour motif économique. De même, la simple diminution du chiffre d'affaires et la réduction des performances financières étaient insuffisantes à établir des difficultés économiques de l'entreprise et du groupe auquel elle appartenait. La loi prend le contre-pied de cette jurisprudence. Des difficultés économiques sont dorénavant caractérisées par « l'évolution significative d'au moins un indicateur économique tel qu'une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires ». Le constat de la baisse sur l'ensemble de la période légale, quelle que soit l'importance de celle-ci, constitue une « baisse significative des commandes ou du chiffre d'affaires ». L'article L. 1233-3 du Code du travail ôte ainsi tout pouvoir d'appréciation aux juges qui ne pourraient pas exclure le caractère réel et sérieux du licenciement au motif que la baisse est minime .

Il faut espérer que la Cour de cassation fera prévaloir sur cette interprétation littérale de la loi une interprétation téléologique . En effet, une baisse minime du chiffre d'affaires ou des commandes, même sur une période de quatre trimestres, ne signifie pas nécessairement qu'existent des difficultés économiques . Contrairement à l'affirmation légale, la réalisation de bénéfices moindres que ceux obtenus l'année précédente ne caractérise en aucun cas des difficultés économiques. Seules des difficultés économiques d'une certaine gravité peuvent être retenues. Cette exigence est rappelée dans la loi du 8 août 2016 avec la notion d'« évolution significative d'au moins un indicateur économique » . Au moyen d'un artifice dans l'interprétation de la lettre du texte, les juges pourraient alors conserver, sur ce point, leur pouvoir d'appréciation ».

La lecture littérale du texte devrait conduire à considérer que "l'évolution significative" est constituée dès lors que le critère de durée est rempli et à remettre en cause la jurisprudence de la chambre exigeant des difficultés économiques durables, en rendant possible le licenciement en présence de difficultés économiques même passagères, notamment au sein des petites et moyennes entreprises. Une baisse minime du chiffre d'affaires sur la période requise devrait suffire à caractériser les difficultés économiques.

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 exclurait 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 juillet 2015, pourvoi n° 14-16.213).

Une analyse téléologique du texte conduirait à considérer qu'il ne pose qu'une simple présomption de baisse significative des commandes ou du chiffre d'affaires - et donc de difficultés économiques. Le juge ne serait pas tenu par le critère comptable de durée défini par l'article L. 1233-3, l'appréciation du caractère "significatif" des difficultés étant de nature à neutraliser l'application automatique de ce critère et à permettre le retour à la méthode jurisprudentielle du faisceau d'indices. L'exigence d' "évolution significative d'au moins un indicateur économique" autorise à penser que seules des difficultés économiques d'une certaine gravité peuvent être retenues.

Dans ce cas, l'indicateur comptable doit au préalable être rempli, mais avec la possibilité pour les salariés de rapporter la preuve contraire et de neutraliser cette baisse :

- si elle s'avère non significative, c'est-à-dire insignifiante en quantité au regard du volume habituel des commandes ou du chiffre d'affaires de l'entreprise,
- si le choix de l'indicateur et l'argumentation de l'employeur n'est pas pertinent, notamment si les autres indicateurs montrent que l'entreprise est en bonne santé financière.
- D'autres auteurs considèrent au contraire que la présomption de difficultés économiques posée par l'article L. 1233-3 est **irréfragable** :

Patrick Morvan considère que la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 a posé une présomption de difficultés économiques facilitant la démonstration par l'employeur de l'existence d'un motif réel et sérieux de licenciement :

« Le juge n'a pas à contrôler le caractère " significatif " de la baisse des commandes ou du chiffre d'affaires et ne peut, notamment, estimer que son ampleur est insuffisante à fonder un licenciement. En affirmant que la " baisse significative " est " constituée ", la loi interdit sans ambages d'ouvrir ce débat. La présomption est déclenchée de façon automatique par la baisse durable des indicateurs comptables cités. Cette présomption doit aussi être considérée comme irréfragable . Cependant, une présomption légale de motif économique prive le salarié du droit de contester l'existence d'un tel motif mais non de sa conséquence sociale (suppression d'emploi ou modification du contrat de travail). Il existe un précédent éclairant à cet égard. L' article 14 de la loi n° 2011-94 du 25 janvier 2011 avait décidé que tout licenciement survenant en conséquence directe de la disparition programmée des offices d'avoués "est réputé licenciement pour motif économique au sens de l' article L. 1233-3 du Code du travail". Dès lors que la suppression d'emploi était établie, un tel licenciement " était fondé sur une cause réelle et sérieuse » (Cass. soc., 8 déc. 2016, n° 14-29.492 : JurisData n° 2016-026015 ; Dr. soc. 2017, p. 177 , note J. Mouly).

Au demeurant, un employeur serait bien téméraire de ne fonder la justification d'un licenciement que sur la présomption légale. Un employeur avisé l'invoquera accompagnée d'autres éléments probants : même si la présomption légale peut "tuer le débat", puisqu'elle est automatique et (selon nous) irréfragable, la preuve peut être rapportée par tous moyens, comme l'affirme l'article L. 1233-3, 1° (" par tout autre élément de nature à justifier ces difficultés ") (Cass. soc., 21 sept. 2022, n° 20-18.511 , préc.). » [18](#)

« même si la présomption peut « tuer le débat », puisqu'elle est automatique et (selon nous) irréfragable, la preuve d'un motif économique peut être rapportée par tous moyens . » [19](#)

« La véritable nouveauté issue de la loi du 8 août 2016 vient de ce que le débat est court-circuité lorsque l'employeur choisit d'invoquer la présomption légale édictée par l'article L. 1233-3, 1° au sujet des deux premiers indicateurs (baisse des commandes ou du chiffre d'affaires) : irréfragable par nature , cette présomption interdit au juge de contester l'existence d'une « baisse significative » des commandes ou du chiffre d'affaires dès l'instant que la « durée de cette baisse (...), en comparaison avec la même période de l'année précédente », atteint le nombre de trimestres fixé par le texte. Il n'y a pas lieu de vérifier si la baisse des commandes ou du chiffre d'affaires a un « caractère sérieux et durable ». Il serait bon que la Cour de cassation le confirme. » [20](#)

Au cas présent, les arrêts retiennent :

« S'agissant de l'élément causal du motif économique, étant rappelé que si le motif économique du licenciement doit s'apprécier à la date du licenciement, il peut être tenu compte d'éléments postérieurs pour cette appréciation, au vu des seuls éléments justificatifs afférents à la situation financière et comptable de la société BDL Capital

Management versés aux débats et compte tenu du caractère très partiel de ceux-ci , l'employeur se limitant notamment à produire de simples extraits des comptes de résultat des dernières années faisant mention de la production vendue de services et du chiffre d'affaires, outre des tableaux et courbes retraçant l'évolution du montant mensuel et annuel des frais de gestion, s'il apparaît que l'entreprise a connu, en comparaison avec la même période de l'année précédente, une baisse du chiffre d'affaires au cours des deux premiers trimestre 2020 , la cour relève cependant que ladite baisse ne peut s'analyser comme une évolution significative, sérieuse et durable au sens des dispositions précitées , en ce que les deux premiers trimestres 2020 correspondent à la période de pandémie de Covid-19 ayant généré un décrochage soudain, et pour le moins conjoncturel , du montant des frais de gestion à compter du mois de mars 2020 (passage de 2,280 millions d'euros en février 2020 (ledit montant se situant dans la fourchette de variation des frais de gestion au cours de la période antérieure courant de juin 2019 à février 2020) à 1,817 millions d'euros en mars 2020, puis à 1,538 millions d'euros en mai 2020), celui-ci étant ensuite reparti à la hausse.

Il sera également observé qu'il résulte des pièces produites en réplique par l'appelant et notamment des déclarations de l'associé fondateur de la société intimée (M. [X]) en date du 15 juin 2020 (actualité asset management) et du 1er septembre 2020 (lettre de la gestion BDL Convictions), soit à une période concomitante au licenciement litigieux , qu'après la période du 28 février au 18 mars 2020 correspondant au confinement européen, période au cours de laquelle les mesures de confinement ont eu un effet extrêmement néfaste sur le portefeuille, la période du 18 mars au 3 juin 2020 a vu le fonds BDL Rempart Europe grimper de 25,6 % et capturer 80% de la hausse du marché européen , la gestion ayant « pris quelques profits sur la partie short » du fonds, l'intéressé précisant par ailleurs concernant le fonds BDL Convictions que « nous arrivons cependant depuis le 18 mars 2020 (point bas du marché) et depuis le 1er juin (déconfinement européen) à rattraper notre retard sur les indices », la société intimée, qui reconnaît elle-même qu'il est incontestable que les marchés financiers se sont redressés à compter de novembre 2020, ce qui a entraîné une amélioration de sa situation économique et financière, s'abstenant cependant de produire les justificatifs afférents au montant mensuel des frais de gestion pour la période postérieure au mois d'octobre 2020.

Il sera par ailleurs noté qu'alors que la société intimée indique elle-même dans le courrier de notification du motif économique de la rupture, que le chiffre d'affaires est composé, en second lieu, des frais de performance des différents fonds gérés par la société, il n'est toutefois pas produit d'éléments justificatifs à cet égard . »

5.2 Suppression d'emploi

Le licenciement pour motif économique est légitime si le contexte économique conduit à une suppression d'emploi (article L. 1233-3 du code du travail).

La suppression d'emploi n'implique pas nécessairement que les fonctions du salarié licencié soient supprimées.

Elles peuvent être réparties entre les salariés demeurés dans l'entreprise (soc.29 janvier 1992, Bull V n° 51, n° 91-42.128 ; Soc. 2 juin 1993, Bull n° 155, n° 90-44.956 : La suppression d'un poste même si elle s'accompagne de la répartition des tâches accomplies par le salarié licencié entre les salariés demeurés dans l'entreprise est une suppression d'emploi ; cf également Soc. 12 janvier 2012, n° 10-21.101 ; Soc. 4 juillet 2018, pourvoi n° 16-27,664 ; Soc., 23 octobre 2019, pourvoi n° 18-10,032) ou être confiées à des tiers par

exemple à l'employeur lui-même (soc. 30 novembre 1994, n° 93-44.221 ; Soc. 18 octobre 1995, n° 94-41.520) ou gérant associé (Soc. 5 novembre 2014, n° 13-22.019).

En revanche, la suppression d'emploi n'est pas effective lorsque le salarié est remplacé dans son emploi ou dans un emploi de même nature par un autre salarié recruté peu de temps avant (Soc. 24 septembre 2008, pourvoi n° 07-41.321) ou peu de temps après la rupture de son contrat de travail (Soc. 8 juillet 2008, pourvoi n° 06-45.564). Il faut néanmoins que les emplois pourvus soient de même nature et de même niveau (Soc., 13 juin 1996, Bull. V n° 237 ; Soc., 30 janvier 2019, pourvoi n° 17-28.050).

Les juges du fond apprécient souverainement la suppression effective de poste (Soc. 15 décembre 2010, n° 09-43.076 ; Soc. 28 septembre 2010, n° 09-42.062 ; Soc. 18 novembre 2009, n° 07-44.417 ; Soc. 6 décembre 2007, n° 05-45.464) :

Soc. 5 mars 2014, pourvoi n° 12-26.939 :

Mais attendu qu'ayant, par une appréciation souveraine de la valeur et de la portée des éléments de preuve produits et sans méconnaître le principe de la contradiction, fait ressortir que l'employeur ne démontrait ni l'existence du motif économique invoqué, ni la suppression du poste de la salariée et constaté qu'il ne justifiait pas de la réalité des propositions de reclassement adressées à la salariée mentionnées dans la lettre de licenciement, la cour d'appel a par ces seuls motifs légalement justifié sa décision ;

Au cas présent, les arrêts retiennent :

« S'agissant de l'élément matériel du motif économique du licenciement et de la suppression de l'emploi de l'appelant, il convient de relever à la lecture des différentes pièces versées aux débats, qu'outre le fait que la société intimée a procédé à l'embauche d'un analyste dès le 1er mars 2021, une telle embauche impliquant nécessairement l'engagement de démarches de recrutement à une date largement antérieure, il résulte également du procès-verbal de constat d'huissier établi le 26 juin 2020 qu'une annonce d'offre d'emploi intitulée « BDL Capital Management - Analyste financier - Paris » avait été publiée sur le site Glassdoor à cette date, et ce alors que le courrier de notification des motifs économiques à l'origine de l'engagement de la procédure de licenciement datait du 9 juin 2020 et que l'appelant a accepté le contrat de sécurisation professionnelle le 29 juin 2020, les seules affirmations de principe de la société intimée selon lesquelles elle ne publierait pas d'annonce sur Glassdoor et ne serait pas à l'origine de l'annonce précitée (en ce qu'elle recruterait uniquement par son réseau, via des annonces LinkedIn ou par le biais d'offres sur les sites des écoles de commerce), n'étant corroborées par aucune autre pièce versée aux débats et n'étant pas de nature à remettre en cause la force probante du constat susvisé ainsi qu'à établir le caractère mensonger ou inexact de l'annonce litigieuse. »

Il appartiendra à notre chambre de se prononcer sur les mérites de ces moyens et de dire si la cour d'appel pouvait, malgré le constat de la baisse du chiffre d'affaires sur la période considérée par rapport à la même période de l'année précédente, retenir que les difficultés économiques n'étaient pas établies.

Il lui appartiendra également de dire si la cour d'appel pouvait considérer que la suppression d'emploi n'était pas établie.

- [1](#) Les éléments de ce rapport empruntent à celui de Mme Monge dans le pourvoi 21-14.268
- [2](#) Les éléments de ce rapport empruntent à celui de Mme Monge dans le pourvoi n° 21-23.232
- [3](#) Yasmine Tarasewicz – Estelle Coulombel – Tatiana Sachs – Rev. trav. 2016. 662, Les juges doivent-ils plier devant la définition comptable du motif économique de licenciement ?
- [4](#) Pascal Lokiec, Le motif économique malmené dans le projet de loi Travail, Sem. soc. Lamy 2016, n° 1718
- [5](#) Serge FROSSARD, Répertoire de droit du travail, Licenciement pour motif économique : notion – Justification de la rupture du contrat – Juin 2018 (actualisation : Juin 2024) , § 112
- [6](#) C. Wolmark, *Les difficultés économiques à l'épreuve du droit du travail*, RDT 2016. 764
- [7](#) Pascal Lokiec et Jérôme Porta – D. 2017. 840, Droit du travail - Relations individuelles de travail
- [8](#) Frédéric Géa, RDT 2016, p. 813 « Au nom de l'emploi »
- [9](#) Thomas Hollande – Louis Richard – Rev. trav. 2023. 304 « Les indicateurs comptables ont-ils effacé le pouvoir d'appréciation du juge des difficultés économiques ? »
- [10](#) Marguerite KOCHER, Le licenciement pour motif économique sous le feu de la loi Travail : le comptable remplacera-t-il le juge ?, Chronique, RJS 2017, p. 97
- [11](#) Bernard Boubli, « La réforme du licenciement économique et le juge », Actualités du droit Lamy, 27 sept. 2016
- [12](#) Marguerite KOCHER, Le licenciement pour motif économique sous le feu de la loi Travail : le comptable remplacera-t-il le juge ?, Chronique, RJS 2017, p. 97
- [13](#) C. Wolmark, *Les difficultés économiques à l'épreuve du droit du travail*, RDT 2016. 764
- [14](#) Serge FROSSARD, Répertoire de droit du travail, Licenciement pour motif économique : notion – Justification de la rupture du contrat – Juin 2018 (actualisation : Juin 2024) , § 115
- [15](#) Yasmine Tarasewicz – Estelle Coulombel – Tatiana Sachs – Rev. trav. 2016. 662, Les juges doivent-ils plier devant la définition comptable du motif économique de licenciement ?
- [16](#) Bernard Teyssié, JCP éd. S, n°35, 6 septembre 2016, 1292
- [17](#) Emeric Jeansen , La Semaine Juridique - Social, n° 8 du 28 février 2017 Licenciement pour motif économique - Les difficultés économiques justifiant un licenciement
- [18](#) JurisClasseur Travail Traité Fasc. 31-1 : Licenciement pour motif économique – Définition du motif économique, § 83Présomption légale de difficultés économiques
- [19](#) La Semaine Juridique - Social (JCP S)n° 45 du 12 novembre 2025 Licenciement pour motif économique - Définition des difficultés économiques
- [20](#) La Semaine Juridique - Social n° 10 du 14 mars 2023 - Licenciement pour motif économique - Définition des difficultés économiques