

Troisième partie : L'ordre des licenciements

■ Article L. 321-1-1 ■

« Dans les entreprises ou établissements visés à l'article L. 321-2, en cas de licenciement pour motif économique, à défaut de convention ou accord collectif de travail applicable, l'employeur définit, après consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements. Ces critères prennent notamment en compte les charges de famille et en particulier celles de parents isolés, l'ancienneté de service dans l'établissement ou l'entreprise, la situation des salariés qui présentent des caractéristiques sociales rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile, notamment des personnes handicapées et des salariés âgés, les qualités professionnelles appréciées par catégorie.

« La convention et l'accord collectif de travail ou, à défaut, la décision de l'employeur ne peuvent comporter de dispositions établissant une priorité de licenciement à raison des seuls avantages à caractère viager dont bénéficie un salarié.

« En cas de licenciement individuel pour motif économique, l'employeur doit prendre en compte, dans le choix du salarié concerné, les critères prévus à la dernière phrase du premier alinéa ci-dessus. »

La Cour de cassation impose au juge de rechercher quelle est la vraie cause du licenciement au-delà des motifs énoncés dans la lettre de licenciement (77). Il en est ainsi en particulier lorsque la cause inhérente à la personne du salarié, énoncée dans la lettre de rupture, masque un motif économique (78). Il n'est en effet pas normal que l'employeur élude le contrôle judiciaire sur la cause de licenciement en masquant le vrai motif, illicite, par de fallacieux prétextes. La jurisprudence sanctionne ainsi de façon constante ce procédé en considérant les licenciements entachés de détournement de pouvoir comme étant, purement et simplement, dénués de cause réelle et sérieuse (79).

Il doit dès lors en être ainsi lorsque la cause économique invoquée dans la lettre de rupture cache un motif personnel (par ex. licenciement économique dont le "motif essentiel" est l'âge du salarié) (80), et ce, par conséquent y compris lorsque les critères d'ordre de licenciement ont été méconnus (81).

Le législateur impose en effet à l'employeur d'établir, préalablement à tout licenciement économique, des critères "objectifs" d'ordre de licenciements, dans le but de guider son choix des salariés à licencier au sein de la catégorie professionnelle à laquelle ils appartiennent (82 et 83), de sorte que, si ces critères de choix sont respectés, le licenciement ne peut, en principe, pas être prononcé pour un motif personnel : le respect de l'ordre des licenciements garantit que la seule cause de la rupture est économique, excluant *ipso facto* toute possibilité de détournement de pouvoir de l'employeur.

De façon en quelque sorte mathématique, on devrait ainsi en conclure que, dans l'hypothèse où celui-ci ne respecte pas l'ordre des licenciements, il est réputé avoir entaché sa décision de rupture d'un détournement de pouvoir : il a usé de son pouvoir de licencier pour motif économique pour licencier un salarié pour un motif inhérent à sa personne, et les dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse sont dus sur le fondement des

articles L 122-14-4 ou L 122-14-5 du Code du travail selon les cas.

Or on ne sait pourquoi, la Cour de cassation n'admet pas cette solution qui découle pourtant de la loi et de la jurisprudence précitée de façon évidente, aucun problème sérieux d'interprétation des textes n'y faisant obstacle. La jurisprudence considère ainsi que l'inobservation des règles relatives à l'ordre des licenciements n'a pas pour effet de priver le licenciement de cause réelle et sérieuse (84). Elle sanctionne dès lors cette inobservation, non pas par une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, mais par des dommages-intérêts "*pour violation de l'article L 321-1-1 du Code du travail*" (85), faisant passer en réalité cette réparation dans le régime du droit commun de la responsabilité, comme si ladite violation n'avait pas d'incidence sur la cause du licenciement et lui était radicalement étrangère. Elle considère de la sorte que cette "*illégalité*" entraîne un préjudice "*pouvant aller jusqu'à la perte injustifiée de l'emploi*", qui doit être réparée selon son étendue de façon souveraine par les juges du fond (86).

Ainsi se trouve écartée l'automatisme du lien de causalité entre la violation de l'ordre des licenciements et la perte de l'emploi et, par voie de conséquence, le minimum légal de six mois de l'article L 122-14-4 (87).

Et la Cour de cassation ne tire même pas toutes les conséquences de cette solution, puisqu'elle décide par ailleurs que, lorsque le licenciement est dénué de motif économique réel et sérieux, le salarié ne peut cumuler les indemnités pour perte injustifiée de son emploi et pour inobservation de l'ordre des licenciements (88).

Si elle était logique, elle attribuerait pourtant dans cette hypothèse une réparation spécifique du préjudice, fût-elle minime, résultant de la violation de l'ordre des licenciements, sauf à dire que le préjudice est le même (la perte de l'emploi), et ce, de façon automatique, que celui découlant du licenciement, ce que précisément la Cour Suprême ne dit pas.

(77) Soc. 26 mai 1998 Bull. n° 276 ; Soc. 10 avril 1996 Bull. n° 149.

(78) Soc. 26 mai 1998 précité.

(79) cf. Soc. 26 janvier 1998 et Soc. 10 avril 1996 précités.

(80) Soc. 24 avril 1990 Bull. n° 181, Dr. Ouv. 1990 p. 392.

(81) F. Saramito "L'ordre des licenciements" Dr. Ouv. 1994 p. 211.

(82) Sur la nature nécessairement objective des critères : Soc. 24 février 1993 Bull. n° 66.

(83) Sur la catégorie professionnelle comme critère de détermination des salariés licenciés : Soc. 13 février 1997, *Samaritaine*, Bull. n° 63, Dr. Ouv. 1997 p. 94 n. P. Moussy.

(84) Soc. 20 janvier 1998 Bull. n° 20 ; récemment : Soc. 16 novembre 2004 pourvoi n° 02-42.620.

(85) Soc. 7 février 1990 Bull. n° 51 et 22 mars 1995 Bull. n° 104 ; récemment : Soc. 24 novembre 2004 pourvoi n° 02-44.637.

(86) Soc. 14 janvier 1997 Bull. n° 16 ; Soc. 24 novembre 2004 précité.

(87) Soc. 14 janvier 1997 précité ; voir aussi Soc. 19 mars 1998 Bull. n° 164 ; Soc. 30 mars 1999 Bull. 145.

(88) Soc. 5 octobre 1999 Bull. n° 366.

On peut se demander d'où vient cette réticence à considérer le non-respect de l'ordre des licenciements comme un licenciement entaché d'un détournement de pouvoir.

Il est vrai qu'il s'agit d'un détournement de pouvoir un peu particulier dans la mesure où un licenciement serait de toute façon intervenu, en l'absence même de ce détournement.

Mais une telle circonstance est en réalité inopérante en droit dès lors que le licenciement constitue, pour le salarié licencié, une décision individuelle ne concernant que lui, et qui n'a d'incidence que sur son contrat de travail, s'agissant de la rupture individuelle d'une relation contractuelle. C'est ainsi dans ce cadre de la relation contractuelle individuelle que doit être apprécié le caractère réel et sérieux de la cause de licenciement, or en l'absence de détournement de pouvoir son licenciement ne serait pas intervenu.

Il semble donc que la solution adoptée par la Cour de cassation provienne de ce qu'elle apprécie l'illégalité, non au regard du sort du contrat de travail concerné, mais à l'aune de la seule décision prise, en amont du licenciement, par l'employeur qui a fait un choix parmi plusieurs personnes à licencier. Ce choix serait, selon cette démarche, extérieur à la relation individuelle contractuelle, voire de nature collective, ne privant, en tant que tel, pas de cause réelle et sérieuse le licenciement individuel intervenant subséquemment.

Cette démarche ne résiste cependant pas à la critique : cette distorsion artificielle entre le choix du salarié à licencier (irrégulier) et la décision de rupture (régulière en son principe) procède d'une appréciation de la nature du préjudice, non pas en la personne de la victime (le salarié), qui, lui, subit les effets néfastes d'une seule et même décision à son égard (son licenciement entaché de détournement de pouvoir), mais en celle de l'auteur de la faute (l'employeur), qui a d'abord pris la décision (régulière) de réduire les effectifs pour des raisons économiques et a ensuite seulement "mal choisi la cible", ce qui expliquerait la distinction entre deux préjudices, les dommages-intérêts pour absence de cause réelle et sérieuse n'étant dû qu'en l'absence de raisons économiques.

Pourtant, si tout licenciement entaché de détournement de pouvoir (par ailleurs sanctionné par la jurisprudence) procède quelque part d'une opération en deux, voire plusieurs étapes, s'agissant

de frauder la loi en licenciant ce salarié pour une raison autre que celle qui est présentée dans la lettre de licenciement, ces étapes ne sont pas pour autant séparées de l'analyse du détournement de pouvoir.

La Cour de cassation a, bien au contraire, toujours exigé des juges du fond qu'ils "débusquent" la fraude par une analyse chronologique globale des étapes de la rupture, chaque fois que cela leur était demandé, au-delà des apparences de régularité créées par l'employeur. On ne voit dès lors pas pourquoi ils devraient brusquement s'en tenir aux apparences lorsqu'ils sont face à une inobservation de l'ordre des licenciements et "jouer les naïfs", en faisant comme si cette faute ne constituait qu'une simple irrégularité, isolée du processus de licenciement.

On aurait pu croire que cette jurisprudence allait évoluer avec cet arrêt qui avait décidé que l'absence de réponse de l'employeur à la demande, par le salarié, de la communication des critères d'ordre de licenciement "laisse (le salarié) dans l'ignorance du motif réel de son licenciement, lequel est, dès lors, dépourvu de cause réelle et sérieuse" (89), d'autant que des décisions isolées, non publiées il est vrai, avaient admis que des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse soient alloués dans le cas d'une inobservation de l'ordre des licenciements (90).

Cependant la Cour suprême est vite revenue sur cette solution en décidant que l'absence de réponse de l'employeur n'a pas pour effet de priver le licenciement de cause réelle et sérieuse (91).

Cette jurisprudence a été vivement critiquée par la doctrine qui a notamment fait observer qu'"elle ne correspond pas à la réalité des situations car elle sous-entend que le salarié peut subir un préjudice (résultant de l'inobservation de l'ordre des licenciements) autre que la perte de son emploi. Or on voit mal comment cette hypothèse pourrait se rencontrer", en ajoutant de façon pertinente que le licenciement économique d'un salarié "n'a une cause réelle et sérieuse que si la suppression d'emploi, elle-même justifiée, impose le licenciement de ce salarié. (...) Le licenciement d'un salarié, qui est licencié à la place d'un autre, n'a pas de cause réelle et sérieuse" (92).

La question posée est en effet celle du périmètre de la cause justificative de licenciement. Mais elle est aussi celle du périmètre de la cause qualificative de licenciement : le licenciement pour motif économique d'un salarié prononcé en violation de

(89) Soc. 23 janvier 1996 Bull. n° 23.

(90) Soc. 4 novembre 1993 pourvoi n° 92-41.624 ; 3 février 1993 pourvoi n° 89-41.909 ; 29 mai 1991 pourvoi n° 88-45.218.

(91) Soc. 26 janvier 1999 Bull. n° 39.

(92) cf. obs. sous Soc. 14 janvier 1997 précité, in J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud et E. Dockès, *Les grands arrêts de droit du travail*, 3^e édition Dalloz, p. 409 et 410.

l'ordre des licenciements n'a pas de cause économique, étant, de fait, inhérent à sa personne.

Dans un arrêt malheureusement isolé, la Cour de cassation a ainsi, semble-t-il dans cet esprit, approuvé une Cour d'appel d'avoir alloué des dommages-intérêts sur le fondement de l'article L 122-14-4 à un salarié qui avait été licencié soit-disant pour motif économique et en réalité en violation de l'ordre des licenciements *“dans le but de permettre la promotion d'un autre salarié”*, de sorte que *“la décision de licenciement était entachée de détournement de pouvoir”* et *“n'avait pas de cause économique”* (93).

On peut cependant supposer, à la lecture de cet arrêt, que la Cour de cassation n'a admis l'absence de

cause économique du fait d'un détournement d'un pouvoir dans le cas d'une violation de l'ordre des licenciements que parce que le salarié avait en l'espèce allégué un détournement de pouvoir en quelque sorte *“autonome”* de cette violation (en l'espèce, la promotion d'un autre salarié). Or une telle solution n'est, là encore, pas compréhensible dès lors qu'elle oblige le salarié à alléguer ce détournement de pouvoir et le juge à l'établir, *là où il devrait être présumé du seul fait de l'inobservation de l'ordre des licenciements*.

Marie-France Bied-Charreton,
Avocat au Barreau de Paris