

LICENCIEMENT POUR MOTIF ÉCONOMIQUE Conseil de Prud'hommes de Lyon – Violation de l'ordre des licenciements – Réparation intégrale du préjudice subi – Barème *Macron* inapplicable.

CONSEIL DE PRUD'HOMMES DE LYON (Sect. Act. Div.) 28 janvier 2020

Mme V. contre SAS ERAS (N° RG 18/01.752)

En l'absence de conciliation, l'affaire a été renvoyée au bureau de jugement du 15 février 2019, pour lequel les parties ont été convoquées en application des dispositions des articles R.1454-17, R. 1454-18, R. 1454-19, R. 1454-20 et R. 1454-21 du Code du Travail.

À cette audience, le Conseil a entendu les explications des parties et mis l'affaire en délibéré.

Le Conseil s'est déclaré en partage de voix le 17 mai 2019.

Les parties ont été convoquées en date du 24 septembre 2019 pour l'audience de départition du 19 novembre 2019.

À cette dernière audience, les parties ont comparu comme indiqué en première page.

Les parties entendues en leurs explications, l'affaire a été mise en délibéré au 28 janvier 2020.

Les parties ont été avisées que le jugement serait rendu public par mise à disposition au greffe.

EXPOSÉ DU LITIGE

Madame V. a été recrutée en qualité d'animateur qualité sécurité par la société par actions simplifiée Eras Chemsis, spécialisée dans le secteur de

l'ingénierie et des études techniques, suivant contrat à durée indéterminée en date du 21 janvier 2010.

La relation contractuelle s'est poursuivie à la suite d'un transfert du contrat de travail au profit de la société Eras dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée et à temps partiel pour exercer les fonctions d'animateur qualité sécurité, position 3.1, coefficient 400, signé le 3 février 2014 avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2014 et reprise d'ancienneté à compter de janvier 2010, à raison de 14 heures hebdomadaires et une rémunération mensuelle brute de 1.123,08 euros.

La convention collective nationale des bureaux d'études techniques, des cabinets d'ingénieurs-conseils et des sociétés de conseils du 15 décembre 1987 est applicable aux relations contractuelles.

Par courrier recommandé en date du 22 janvier 2018, Madame V. a été convoquée par son employeur à un entretien préalable en vue de son licenciement prévu le 1^{er} février 2018.

Par lettre remise en main propre le 2 février 2018, Madame V. a été dispensée de toute activité professionnelle.

Le 14 février 2018 Madame V. a signé un contrat de sécurisation professionnelle

Par lettre recommandée du 24 février 2018, Madame V. a demandé que les motifs de son licenciement économique lui soient communiqués.

Par lettre recommandée du 23 février 2018, la société Eras a exposé les motifs économiques du licenciement intervenu.

Par requête enregistrée au greffe le 13 juin 2018, a saisi le Conseil de prud'hommes de Lyon, aux fins de contester la cause réelle et sérieuse de son licenciement.

Lors de l'audience de conciliation du 17 septembre 2018, le bureau de conciliation et d'orientation a partiellement fait droit aux demandes de Madame V. en ordonnant la communication du justificatif que la demanderesse était seule dans sa catégorie visée par le licenciement par la production du registre du personnel entre décembre 2017 et mars 2018, la note d'information du comité d'entreprise sur le projet de licenciement de la demanderesse et le procès-verbal correspondant à la date de consultation du CE, et ce avant le 28 septembre 2018.

Par courrier daté du 16 octobre 2018, la société défenderesse a communiqué le registre du personnel pour la période considérée.

(...)

Par procès-verbal en date du 17 mai 2019, les conseillers de la Section Activités diverses se sont déclarés en partage des voix et les parties ont été convoquées à l'audience de départage du 19 novembre 2019.

À cette audience, Madame V., comparaissant en personne et assistée de son conseil, a repris ses conclusions visées à l'audience et sollicite de la formation de départage de :

- fixer le salaire mensuel à la somme de 1.405,39 euros bruts,
- constater que la société Eras n'a pas fixé de critères de licenciement ; que le licenciement de Madame V. est dépourvu de cause réelle et sérieuse,
- condamner en tout état de cause la société Eras à lui payer les sommes suivantes,
 - * celle de 45.000 euros nets à titre de dommages et intérêts pour exécution déloyale de son contrat de travail,
 - * celle de 45.000 euros nets à titre d'indemnité pour perte injustifiée d'emploi, et subsidiairement, pour licenciement abusif,
 - * celle de 3.000 euros en application de l'article 700 du Code de procédure civile,
- ordonner la délivrance de bulletins de salaire et d'une attestation Pôle Emploi rectifiés sous astreinte de 250 euros par jour de retard à compter du 15^{ème} jour suivant la notification de la décision à intervenir, pendant trois mois, passés lesquels il sera à nouveau fait droit s'il y a lieu,
- dire et juger que le Conseil de prud'hommes se réservera le droit de liquider l'astreinte,
- ordonner l'exécution provisoire du jugement à intervenir dans toutes ses dispositions,

- condamner la société Eras à supporter les entiers dépens de l'instance.

La partie concluante soutient que la société Eras a fait du contrat de travail une exécution particulièrement déloyale en la soumettant à une série d'entretiens informels, au cours desquels on lui proposait de choisir entre une modification de son contrat de travail et la rupture de celui-ci, et sollicite une indemnisation à ce titre.

Madame V. expose que la société Eras ne lui a pas soumis de proposition écrite de modification de son contrat de travail durant l'entretien informel qui s'est tenu, que la requérante n'a pas pu bénéficier du délai de réflexion d'un mois et que la défenderesse prétend que le licenciement économique ne reposerait pas matériellement sur la suppression de son poste, mais sur son refus de la modification.

La salariée fait valoir, à titre principal, un préjudice consécutif à la perte injustifiée d'emploi du fait du manquement de l'employeur dans l'établissement des critères d'ordre des licenciements, d'autant que la société Eras l'a licenciée en raison de sa qualité de travailleur à temps partiel, violant ainsi le principe d'égalité de traitement, et soutient qu'elle a subi un préjudice tant financier, à 4 ans de son départ à la retraite, que moral en raison de l'angoisse et de l'incompréhension engendrées.

(...)

La requérante fait enfin valoir un préjudice conséquent, eu égard à son âge et à son ancienneté de plus de 8 ans, tel qu'elle sollicite d'écarter le barème institué par le Code du travail, en ce que tout plafonnement conduisant à ce que les indemnités octroyées ne soient pas en rapport avec le préjudice subi et/ou ne soient pas suffisamment dissuasives est contraire à la Charte sociale européenne et que le « *prix de la violation de la loi* » constitue une atteinte disproportionnée aux droits des victimes.

La société par actions simplifiée Eras, représentée par son conseil, a repris ses conclusions visées à l'audience et demande à la formation de départage de débouter Madame V. de l'intégralité de ses demandes et de la condamner à lui verser la somme de 3.000 euros sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile, outre les entiers dépens d'instance.

La société défenderesse fait valoir qu'elle a constaté une baisse de son résultat d'activité au cours de l'année 2017, très en deçà du budget prévisionnel. Elle expose qu'en vue de préserver la compétitivité de l'entreprise, il a été décidé de procéder à la réorganisation de la direction des moyens et organisation (DMO), à laquelle a été rattaché le service qualité-sécurité-environnement (QSE), et qu'il en est résulté une modification du poste de Madame B., responsable du service QSE, et la suppression du poste occupé par Mesdames C. et V., alors en charge des périmètres Lyon et Marseille.

La partie concluante soulève que, préalablement à

la mise en œuvre d'une procédure de licenciement pour motif économique, elle a proposé à Madame V. une augmentation de son temps de travail, à laquelle l'intéressée n'a pas entendu donner suite. et estime avoir respecté son obligation de reclassement en l'absence de poste disponible et compatible avec les conditions d'emploi de la salariée. qui refusait toute mobilité géographique. Elle expose aussi que les critères d'ordre n'avaient pas à s'appliquer. suite au refus de la salariée d'accepter ladite modification de son contrat de travail.

(...)

Sur le respect des critères l'ordre de licenciement

Aux termes de l'article L.1222-6 du Code du travail, lorsque l'employeur envisage la modification d'un élément essentiel du contrat de travail pour l'un des motifs économiques énoncés à l'article L.1233-3, il en fait la proposition au salarié par lettre recommandée avec avis de réception.

La lettre de notification informe le salarié qu'il dispose d'un mois à compter de sa réception pour faire connaître son refus. Le délai est de quinze jours si l'entreprise est en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire.

À défaut de réponse dans le délai d'un mois, ou de quinze jours si l'entreprise est en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire, le salarié est réputé avoir accepté la modification proposée.

L'article L.1233-5 du même code prévoit que l'employeur définit les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements, après consultation du comité social et économique, critères qui prennent notamment en compte : (...)

Seule une réponse expresse et positive, ou le silence gardé par le salarié pendant plus d'un mois, vaut acceptation de la modification proposée par l'employeur.

Il n'y a pas lieu d'appliquer un ordre des licenciements lorsque tous les salariés ayant refusé la modification de leur contrat de travail sont concernés par un licenciement économique.

Les critères d'ordre des licenciements s'appliquant à l'ensemble du personnel, l'employeur qui supprime un service et licencie tout le personnel de ce service est tenu de comparer la situation des salariés de ce service à celle des autres salariés de l'entreprise.

L'inobservation des règles relatives à l'ordre des licenciements n'a pas pour effet de priver le licenciement de cause réelle et sérieuse. Cette illégalité entraîne un préjudice, pouvant aller jusqu'à la perte injustifiée de l'emploi, qui doit être intégralement réparé, selon son étendue.

En l'espèce, aux termes du contrat de travail conclu en février 2014, la salariée exerçait ses fonctions à raison de 14 heures hebdomadaires réparties les jeudi et vendredi de la semaine. Il était précisé que la

répartition de la durée du travail pourrait être modifiée par accord des parties.

Il est avéré que suite à l'arrivée de Monsieur D. en qualité de directeur de la direction des moyens et organisation (DMO), le service QSE, dont faisait partie la requérante, a été intégré au sein de cette direction. Madame B., alors responsable du service QSE, a été repositionnée à temps plein sur des missions opérationnelles au sein du même service. L'employeur envisageait la suppression des postes des coordinateurs QSE, Mesdames C. et V., toutes les deux à temps partiel à hauteur de 2 jours par semaine au sein de ce service. Madame C. travaillait également 3 jours par semaine dans un autre service, le SDLV.

Il ressort des pièces versées aux débats que, suite à la restructuration du service QSE, l'employeur a procédé au licenciement pour motif économique de la salariée. Il se devait donc de mettre en œuvre la procédure de licenciement fondé sur ce motif.

Or, le 3 novembre 2017, l'employeur a, dans l'objectif de restructuration des services, proposé à Madame V. d'augmenter la durée hebdomadaire de son temps de travail, en passant de 2 à 4 jours de travail et en reprenant la partie qualité de sa collègue, Madame C., cette dernière retournant à temps plein au sein du service SDLV. La direction a octroyé à l'intéressée un délai de réflexion de trois semaines pour y répondre.

Ainsi, l'employeur n'a pas respecté la procédure relative à la modification d'un élément essentiel du contrat de travail. En effet, la direction n'a pas soumis cette proposition à Madame V. par courrier recommandé, en exposant précisément cette proposition de changement et en lui octroyant un délai d'un mois pour y répondre, conformément aux dispositions légales.

Selon la salariée, suite à cette proposition, Madame B. lui a indiqué, le 24 novembre, que la proposition d'augmentation de la durée de travail ne tenait plus et que la requérante n'avait plus sa place au sein de la société. Madame C. avait, en effet, accepté la proposition d'augmentation du temps de travail.

Par courriel daté du 7 décembre 2017 et adressé à la direction, la salariée mentionnait le caractère déstabilisant de cette situation, qui génère du stress et de la fatigue, d'autant que le rendez-vous prévu le 1^{er} décembre avait été reporté au 8 décembre. Elle demandait de clarifier toute modification de son contrat de travail de manière claire et écrite. Monsieur D. répondait que le prochain entretien du 8 décembre leur permettra d'échanger sur la situation actuelle.

Ainsi, contrairement à ce que soulève l'employeur, le courriel de l'intéressée sollicitant la communication d'une proposition de modification de son contrat de travail par écrit, et en des termes précis, ne peut être constitutif d'un refus de la part de la salariée d'augmenter son temps de travail. Il sera relevé que l'acceptation par Madame V. d'une hausse de la durée hebdomadaire impliquait pour elle des

changements professionnels conséquents, notamment de démissionner de son poste à temps partiel dans une autre société.

Par courriel daté du 14 décembre, la salariée indiquait que l'employeur ayant, lors de la réunion du 8 décembre, décidé de rompre son contrat de travail, elle renvoyait la direction des ressources humaines à son avocat afin de négocier les modalités de rupture. Madame C., directrice des RH, s'étonnant de la teneur de cet e-mail, souhaitait voir avec elle les possibilités éventuelles au regard de l'évolution de l'organisation des missions QSE et proposait une nouvelle rencontre le 15 décembre.

Selon la salariée, des discussions en vue de parvenir à une rupture conventionnelle entre son conseil et la direction ont eu cours au mois de décembre 2017, discussions qui n'ont pas abouti.

Par courrier daté du 22 janvier 2018, l'employeur a convoqué la salariée à un entretien préalable dans le cadre d'un licenciement, en indiquant qu'il avait déjà mis en œuvre des démarches de reclassement éventuel au sein du groupe Eras.

Ainsi, la société Eras, qui a introduit une procédure de licenciement pour motif économique, aurait dû établir des critères d'ordre de licenciement et procéder à l'analyse des situations des salariés concernés, notamment Madame C., avant de licencier Madame V. Enfin, la salariée ne peut soutenir une inégalité de traitement avec ses collègues en raison de son travail à temps partiel en ce que la direction n'a même pas établi les critères d'ordre pouvant justifier une telle différence de traitement entre salariés.

Eu égard à ce qui précède, la requérante justifie d'une perte injustifiée d'emploi.

Il convient de prendre en considération pour, établir son préjudice, les circonstances de la rupture, l'âge de la salariée au moment de son licenciement (58 ans), ainsi que son ancienneté (8 ans et 1 mois). Par ailleurs, Madame V. bénéficie toujours d'un contrat à temps partiel au sein d'une autre société, à raison de deux jours par semaine, et ne produit aucun justificatif de recherche d'emploi. Elle justifie cependant d'une perte de salaire d'environ 2.682 euros annuels durant l'exécution de son contrat de sécurisation professionnelle jusqu'au 23 février 2019, ainsi que d'une perte de salaire de 4.948,89 euros annuels lors de l'octroi de l'allocation de retour à l'emploi durant deux ans. Le montant de sa pension de retraite va subir une baisse évaluée à 600 euros annuels. En revanche, elle ne peut fonder une partie de son préjudice sur l'espérance de vie moyenne des femmes en France.

En conséquence, la société Eras sera condamnée à lui verser la somme de 22.000 euros à titre de dommage et intérêts pour perte injustifiée de son emploi.

Le salaire mensuel moyen de la salariée sera fixé à 1.356,93 euros bruts, correspondant à la moyenne des trois derniers mois de salaire qui s'avère la plus favorable à la requérante.

(...)

PAR CES MOTIFS

Le juge départiteur, après avoir recueilli l'avis des conseillers présents, statuant seul, par jugement rendu public par mise à disposition, contradictoire et en premier ressort,

REJETTE la demande formulée par Madame V. tendant à déclarer irrecevable la pièce produite par la société par actions simplifiée Eras dans le cadre de la note en délibéré transmise le 4 mars et enregistrée au greffe le 6 mars 2019,

DÉCLARE recevable la note en délibéré datée du 11 mars 2019 par Madame V.,

ÉCARTE le nouveau moyen soulevé par Madame V. dans la note en délibéré datée du 11 mars 2019,

DÉCLARE irrecevable la demande de la société par actions simplifiée Eras formulée par note en délibéré reçue au greffe le 18 mars 2019, et visant à déclarer irrecevable la demande de Madame V. relative à l'exécution déloyale du contrat de travail,

REJETTE la demande formée par Madame V. tendant à l'octroi d'une indemnisation pour exécution déloyale de son contrat de travail,

DIT que la société par actions simplifiées Eras n'a pas respecté les critères d'ordre de licenciement dans le cadre du licenciement pour motif économique de Madame V.,

DIT que Madame V. subit un préjudice lié à la perte injustifiée d'emploi en raison du non-respect de la procédure par la société par actions simplifiée Eras,

CONDAMNE en conséquence la société par actions simplifiée Eras à verser à Madame V. 1a somme de 22.000 euros nets à titre de dommages et intérêts pour perte injustifiée d'emploi, assortie des intérêts au taux légal à compter du prononcé du présent jugement,

CONDAMNE la société par actions simplifiée Eras à verser à Madame V. la somme de 1.700 euros sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile,

REJETTE la demande de la société par actions simplifiée Eras au titre de l'article 700 du Code de procédure civile,

DIT n'y avoir lieu à exécution provisoire en application de l'article 515 du Code de procédure civile,

FIXE la moyenne des trois derniers mois de salaire la somme de 1.356,93 euros,

DÉBOUTE les parties de plus amples demandes contraires au présent dispositif,

CONDAMNE la société par actions simplifiée Eras aux dépens de la présente instance,

(Mme Rojek, prés. – M^e Dubray, M^e Geller, av.)

1. Contexte légal et jurisprudentiel

Le respect de l'ordre des licenciements permet de s'assurer que le licenciement économique a pour seul objet de supprimer un emploi. Une fois cette justification acquise, le choix du salarié doit s'opérer dans le cadre de catégories que l'employeur a l'obligation de définir selon les règles objectives énoncées par les articles L.1233.5, L.1233.6 et L.1233.7 du Code du travail.

– Il faut d'abord définir un périmètre organisationnel, en principe celui de l'entreprise, éventuellement de l'UES si les licenciements concernent cet ensemble élargi (1) ou un périmètre différencié défini par accord collectif (art. L.1233.5, C. trav.).

À défaut d'accord collectif définissant le périmètre d'application des critères d'ordre, c'est l'employeur qui doit le déterminer, sans qu'il soit inférieure à celui de chaque zone d'emploi dans laquelle sont situés un ou plusieurs établissements de l'entreprise concernée par les suppressions d'emplois (art. L.1233.5, C. trav.) référencées dans l'atlas des zones d'emploi établies par l'INSEE (art. D.1233.2, C. trav.).

– Ensuite, il faut définir un périmètre professionnel, qui doit exclure toute stratégie d'éviction ou, au contraire, de protection de certains salariés en dehors des critères légaux.

La légitimité du périmètre professionnel est un enjeu essentiel, au même titre que la définition des catégories professionnelles. La Cour de cassation, toujours compétente pour connaître des petits licenciements collectifs économiques, exerce un contrôle sur le respect de ces règles.

La catégorie regroupe les salariés qui exercent des fonctions de même nature et disposent d'une formation commune (2) permettant aux salariés d'une même catégorie d'être interchangeables.

Le Conseil d'État, juge de la validité des décisions d'homologation pour les grands licenciements, exige que l'administration s'assure que les catégories relèvent bien d'une logique de compétence professionnelle et ne traduisent pas l'intention de l'employeur de cibler certains salariés ou groupes de salariés (3).

Viennent ensuite les critères d'ordre eux-mêmes. À défaut d'accord collectif l'employeur définit les

critères d'ordre (art. L.1233.5, C. trav.), sous réserve de prendre 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* ».

L'employeur peut pondérer les critères (art. L.1233.5, C. trav.) mais doit nécessairement les prendre tous en compte sans pouvoir en évincer un totalement (4).

Le Conseil d'État, parallèlement, censure les décisions d'homologation accordées au mépris de ces règles, par exemple lorsque l'employeur neutralise le critère de valeur professionnelle en accordant à tous les salariés la même note ou le même nombre de points (5).

Si l'employeur n'a pas mis en place un système d'évaluation des salariés, le juge administratif considère qu'il peut se référer à « *un indicateur tiré du montant des primes d'assiduité versées, corrigé des variations liées aux motifs légaux d'absence* », solution très insatisfaisante, car elle réduit la valeur professionnelle à l'assiduité (6). Le Conseil d'État a toutefois jugé, le même jour, que la valeur professionnelle ne pouvait pas être réduite au seul critère de l'assiduité s'il existait dans l'entreprise un système d'évaluation professionnelle pratiqué depuis des années (7).

C'est dans la pondération des critères, et particulièrement celui de la valeur professionnelle, que réside la marge de subjectivité et d'arbitraire.

2. La sanction de la violation des critères d'ordre

Jusqu'à la loi du 10 juillet 1973, et cela depuis l'ordonnance du 24 mai 1945 qui avait défini la notion de licenciement collectif économique et imposé, dans son article 10, le respect d'un ordre de licenciement par catégorie professionnelle (par voie d'accord collectif, à défaut, dans un règlement intérieur dans les entreprises de plus de vingt salariés), la sanction de la violation des critères d'ordre relevait de la notion indifférenciée d'abus de droit. À partir de cette réforme majeure, l'absence de cause réelle et sérieuse a été sanctionnée selon des dispositions qui, dans les entreprises de plus de dix salariés et pour les salariés ayant plus de deux ans d'ancienneté, comportaient

(1) Cass. Soc. 19 janvier 2011, n°09-41.171.

(2) Cass. Soc. 13 février 1997, n°95-16.648, *La Samaritaine*.

(3) CE 7 février 2018, n°403.001.

(4) Cass. Soc. 11 octobre 2006, Bull. V, n°302.

(5) CE 1^{er} février 2017 n°387.886, aujourd'hui art. L.1233.5, C. trav.

(6) CE 22 mai 2019, n°413.342.

(7) CE 22 mai 2019, n°418.090.

un plancher de six mois de salaire. Il n'y avait pas de plafond et le principe de la réparation intégrale du préjudice guidait l'office du juge dans la fixation des dommages et intérêts. L'application de ces règles à la perte de l'emploi résultant de la violation de l'ordre des licenciements n'a pas eu le temps de donner lieu à une réflexion jurisprudentielle avant le 3 janvier 1975 car, à compter de cette date, les licenciements économiques ont été soumis à un régime de contrôle administratif, qui durera jusqu'à son abrogation par la loi du 3 juillet 1986. Pendant cette longue période, durant laquelle le motif économique du licenciement a été contrôlé ou, plus généralement, supposé l'avoir été par l'inspecteur du travail, le juge prud'homal était dessaisi de ses pouvoirs de contrôle de la cause réelle et sérieuse du licenciement économique au profit du juge administratif. En pratique, ce pseudo-contrôle administratif a abouti à une impunité quasi-totale des employeurs et on se demande encore quel a pu être l'intérêt pour les employeurs de l'intense lobbying qui a conduit à l'abrogation de l'autorisation administrative de licenciement.

Considérant que le contrôle du respect de l'ordre des licenciements n'était pas du même ordre que le contrôle de sa cause économique, la Cour de cassation a réservé au juge prud'homal, pendant cette période qui s'étend de 1975 à 1986, le soin de sanctionner les violations relatives à l'ordre des licenciements. Le juge du contrat de travail avait donc le pouvoir de sanctionner la violation de l'ordre des licenciements dans une procédure de licenciement économique, alors qu'il lui était interdit de se pencher sur la légitimité du motif économique. Cette dualité de compétence et de régime de sanction a marqué durablement le droit de la réparation de la violation des critères d'ordre. Lorsque la compétence judiciaire a été pleinement restaurée, le 1^{er} janvier 1987, la Cour de cassation a pu redéfinir le droit du licenciement économique.

À partir de 1990, la Chambre sociale a pris le parti de considérer que la violation par l'employeur des dispositions relatives à l'ordre des licenciements (art. R.362-1-1, al. 2 ancien, C. trav.) ouvrait droit, pour le salarié, à des dommages et intérêts, mais pas à l'indemnité pour licenciement sans cause réelle, ni sérieuse (ex-art. L. 122.14.4 et L. 122.14.5, C. trav.) (8).

Puis, dans la logique de la sanction du défaut d'énonciation des motifs du licenciement, réputé à ce seul titre sans cause réelle ni sérieuse, la Cour de cassation a rendu, le 23 janvier 1996, un arrêt remarqué et très commenté, selon lequel « *l'absence de réponse de l'employeur à la demande du salarié l'invitant à lui préciser les critères relatifs à l'ordre des licenciements laisse le salarié dans l'ignorance du motif réel de son licenciement, lequel est dès lors dépourvu de cause réelle et sérieuse* ». Il était logique de considérer qu'à défaut par l'employeur de justifier son choix de licencier tel salarié plutôt que tel autre, l'existence d'une cause autre qu'économique ne pouvait être exclue.

Cet arrêt a été interprété comme un abandon de la jurisprudence antérieure ou, en tout cas, comme le signe avant-coureur d'un revirement (9).

Lorsque la question s'est posée frontalement à la Cour de cassation, l'occasion s'est présentée d'unifier le régime de réparation en appliquant à la violation des critères d'ordre les sanctions du licenciement sans cause réelle ni sérieuse. Plusieurs auteurs encourageaient cette révision claire de la jurisprudence de 1990 (10).

La Cour de cassation n'a cependant pas suivi les conclusions de son avocat général (11), qui considérait que le préjudice subi par le salarié, « *c'est la perte de son emploi* » pour des motifs qui ne sont pas seulement la suppression de celui-ci. Par une formule inchangée jusqu'à ce jour, la Chambre sociale a soustrait la sanction de l'inobservation des règles relatives à l'ordre des licenciements pour motif économique au régime des sanctions de l'absence de cause réelle et sérieuse : la violation de l'ordre des licenciements « *constitue pour le salarié une illégalité qui entraîne pour celui-ci un préjudice pouvant aller jusqu'à la perte injustifiée de son emploi, lequel doit être intégralement réparé selon son étendue par les juges du fond* » (12).

Elle laisse toutefois au juge prud'homal une latitude d'évaluation du préjudice, en posant pour principe que celui-ci peut aller jusqu'à la perte injustifiée de son emploi par le salarié et que ce préjudice doit être intégralement réparé (13). La formule « *pouvant aller jusqu'à* » est énigmatique, dès lors

(8) Cass. Soc. 7 février 1990, n°51 ; 30 juin 1992 RJS 8-9/92 ; 13 juillet 1993, RJS n°578 ; 10 mai 1994 n°2003 D.

(9) F. Duquesne, JCP 1996 II 22-6044 ; P.-Y. Verkindt, D 1996, p. 251, précis Dalloz Dr. du travail, 18^{ème} éd. p. 390 ; A. Philbert, CSBP septembre -octobre 1996, p. 30.

(10) Francis Saramito, Dr. Ouvr. 1994, p. 211 ; P.-Y. Verkindt, Dr. Soc. 1994, p. 211.

(11) Concl. av. gén. Pierre Lyon-Caen, Dr. Soc. 1997.159.

(12) Cass. Soc. 14 janvier 1997, n°95-44.366 P ; également Cass. Soc. 20 janvier 1998, n°96-40.930 P ; Cass. Soc. 5 décembre 2006, n°04-47.822.

(13) Cass. Soc. 14 janvier 1997, n°95-44.366 ; Cass. Soc. 30 mars 1999, n°97-40.695.

que la violation de l'ordre des licenciements dont il est ici question ne concerne pas les simples irrégularités telle que l'absence de réponse à la demande du salarié, dont les sanctions sont d'ailleurs cumulables avec l'indemnité pour licenciement sans cause réelle ni sérieuse. On ne voit pas quelle autre conséquence que la perte injustifiée de l'emploi la violation de l'ordre des licenciements pourrait entraîner, puisque celui-ci ne s'applique pas légalement à l'ordre des reclassements. La liberté d'évaluation du préjudice abandonnée au juge prud'homal, sans qu'aucun plancher d'indemnisation ne soit applicable, laisse place à l'arbitraire et soumet le salarié à un régime probatoire qui le contraint à établir la réalité et l'ampleur de son préjudice. Le fondement même de la distinction entre cette « *illégalité* », étrange et insaisissable formule, et l'absence de cause réelle et sérieuse n'a pas de justification.

La perte injustifiée de l'emploi n'est-elle pas de même nature que l'absence de cause réelle et sérieuse qui entraîne ... la perte injustifiée de l'emploi ?

Et comment un licenciement pourrait-il avoir une cause économique réelle et sérieuse à l'égard d'un salarié qui n'aurait pas dû être concerné par cette cause si l'ordre des licenciements avait été respecté ? Si le préjudice est la perte injustifiée de l'emploi, il devient impossible à dissocier de celui découlant du licenciement sans cause réelle ni sérieuse. Cette violation du principe d'égalité ne trouve pas non plus sa justification dans le fait générateur de la rupture : constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié (art. L. 1233.3, C. trav.). « *Non inhérent* » est le critère fondateur de la distinction entre motif économique et motif personnel. Si le motif est inhérent à la personne du salarié, le licenciement n'est pas économique. Pour le salarié qui est licencié alors que l'ordre des licenciements aurait désigné un autre salarié, le licenciement n'a plus de cause économique. Il est inhérent à sa personne, dès lors que ce sont des critères personnels, âge, situation de famille, ancienneté, caractéristiques sociales, notamment d'âge et de handicap, qui ont été pris en considération ou non pris en considération de manière erronée, c'est-à-dire qui ont prévalu sur la cause économique née de la suppression de l'emploi. La violation de l'ordre des licenciements prive ainsi le licenciement économique de sa dimension objective et de sa cause réelle et sérieuse à l'égard de celui qui a été licencié à tort. On en trouverait d'ailleurs une preuve supplé-

mentaire dans le fait que les dommages et intérêts pour non-respect des critères d'ordre ne peuvent pas se cumuler avec l'indemnité pour licenciement sans cause réelle ni sérieuse (14). Si les dommages et intérêts ne sont pas cumulables, c'est parce qu'ils réparent le même préjudice.

La jurisprudence critiquable de la Cour de cassation aboutit cependant à ouvrir une brèche dans le champ d'application du « *barème Macron* ». En rappelant que la réparation du préjudice résultant de la violation de l'ordre des licenciements devait obéir au principe de réparation intégrale du préjudice, le jugement commenté prend à revers le régime dérogoire voulu par la Cour de cassation.

Réparation intégrale ! comme ces mots sont doux à entendre à aujourd'hui !

Le paradoxe cependant n'échappera à personne et n'avait certainement pas été envisagé par les concepteurs du « *barème Macron* », applicable aux salariés dont le licenciement « *survient* » (15) pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse (art. L. 1235.3, C. trav.) et qui ne relève pas des exceptions énoncées à l'article L. 1235.3.1 du Code du travail, permettant une indemnisation plus étendue. Dans un cas, l'évaluation du préjudice résultant de la perte injustifiée de l'emploi échappera au barème, qu'il s'agisse du plancher ou du plafond, et obéira au principe de réparation intégrale. Dans l'autre, l'absence de cause réelle et sérieuse sera plafonnée. Il resterait à confronter cet état de fait au principe d'égalité, mais ... ceci est une autre histoire.

Michel Henry,

Avocat au barreau de Paris

(14) Cass. Soc. 5 octobre 1999, n° 98.41.

(15) Comme par l'effet d'un phénomène naturel !