

Du collectif à l'individuel

par *Franceline Lepany, Avocat au Barreau de Paris*

En 1990, Monsieur le Professeur Jean Savatier, dans la Revue Droit Social écrivait que la doctrine récente s'était peu intéressée à la question de l'ordre des licenciements.

Et d'ajouter :

"Que celle-ci ne suscite d'ailleurs pas un contentieux abondant".

Il s'interrogeait : *"c'est parce que les victimes du licenciement économique sont résignées à leur sort, ou parce qu'elles pensent qu'elles n'ont aucune chance de faire juger que l'employeur aurait dû les épargner s'il avait tenu compte des critères sociaux pour fixer l'ordre de licenciement ?"*

Trois ans plus tard, en 1993, devant la recrudescence des licenciements pour motif économique, on voit apparaître une jurisprudence de plus en plus développée sur le respect des critères prévus pour procéder à l'ordre des licenciements.

Monsieur le Professeur Savatier pourrait alors se poser la question de façon différente :

Les salariés auraient-ils renoncé à contester le motif économique, surtout lorsqu'ils sont pris dans le cadre de ce qu'on a l'habitude maintenant d'appeler un "grand licenciement", et, à rechercher la cause réelle et sérieuse du licenciement, pour limiter leur contestation au respect des critères d'ordre de licenciement ?

Une étude récente parue dans la Revue Droit Social (novembre 1993) devait faire le constat que les juridictions prud'homales ont *"très peu utilisé les outils mis à leur disposition pour faciliter le contrôle des motifs économiques de licenciement"* tels que les articles R. 516-45 (obligation de communiquer au greffe des Conseils de Prud'hommes les informations fournies aux représentants du personnel dans les 8 jours de la convocation au bureau de conciliation), R. 516-47 (procédure et délais nécessaires à l'instruction de l'affaire) et R. 516-48 (jonction des affaires par le bureau de conciliation devant ce qu'on peut appeler "les Chambres Economiques"), et, l'absence de recours aux mesures d'instruction et d'expertise.

La même étude devait par contre constater que le contentieux des licenciements pour motif économique restait encore marginal et ne représentait que 2,1 % du total des affaires en 1991, mais connaissait toutefois une certaine progression.

Il peut être par ailleurs noté que le contentieux sur le plan individuel ne se développe qu'à l'occasion d'un "petit" licenciement (moins de 10 salariés), très peu dans le cadre d'un "grand" licenciement, soit parce que ce dernier est déjà passé au prisme des institutions représentatives du personnel, soit parce que les salariés ont été volontaires, soit parce qu'une contestation individuelle dans ce cadre-là peut ressembler à la recherche d'"une aiguille dans une botte de foin".

Toujours est-il que, s'il convient de prendre en compte les données collectives qui sont les mêmes pour tous les salariés d'une entreprise, il reste qu'un licenciement économique a toujours des implications à titre individuel, tant au niveau du motif avancé, qu'au niveau du choix du salarié.

I. — SUR LE MOTIF ECONOMIQUE

Il n'est pas besoin d'en donner une définition puisqu'elle est précisément prévue à l'article 1 à l'article L. 321-1 du Code du Travail.

Cependant cette définition n'est que négative, s'agissant de motifs non inhérents à la personne du salarié, — ce, pour le distinguer du licenciement pour motif personnel.

De plus l'article L. 321-1 du Code du Travail n'évoque que la conséquence (suppression ou transformation d'emploi, modification substantielle du contrat de travail) et reste très vague sur la cause économique puisque ne sont visées — ce de façon non exhaustive — que les difficultés économiques ou les mutations technologiques.

La circulaire ministérielle d'août 1989 est venue compléter la notion du motif économique en évoquant la modification des structures de l'entreprise, le refus des salariés d'occuper des postes comportant des modifications substantielles à leur contrat de travail, la modification des conditions de travail sans transformation d'emploi (horaires, rémunération), le refus du transfert géographique d'une activité entraînant un changement du lieu de travail.

Depuis, la Cour de Cassation a précisé que :

— s'il appartenait au Juge du fond d'apprécier la réalité des difficultés économiques alléguées par l'employeur pour prononcer un licenciement écono-

mique, ce de façon souveraine (Arrêt Cass. Soc. du 13 juillet 1993),

— la réorganisation de l'entreprise ne peut constituer une cause économique qu'à condition d'être décidée dans l'intérêt de l'entreprise.

Il en est ainsi :

— de l'harmonisation des conditions de rémunérations ou des coefficients hiérarchiques,

— des mutations consécutives au regroupement des activités de l'entreprise sur un site,

— des suppressions de postes dans le cadre des restructurations.

Faut-il encore que ces décisions soient prises dans l'intérêt de l'entreprise.

Toutefois, peut-on considérer que :

— le fait d'assurer une égalité de rémunération entre les salariés repose sur l'intérêt de l'entreprise, alors qu'elle ne répond pas nécessairement à un impératif économique ?

A cet effet, il devient préoccupant que, dans certains secteurs, des accords passés avec les organisations syndicales puissent venir justifier l'intérêt de l'entreprise.

— Une restructuration entraînant une suppression de poste est-elle faite nécessairement dans l'intérêt de l'entreprise ?

On a souvent du mal à appréhender cette réalité, lorsqu'elle s'appuie, moins sur la situation présente qui peut se heurter à quelques difficultés économiques, que sur l'espérance d'un futur plus compétitif dont les salariés font les frais par anticipation.

Par ailleurs, il est souvent difficile d'apprécier la pertinence d'une telle question, surtout dans les entreprises dépourvues d'institutions représentatives du personnel.

Toujours est-il que la Cour de Cassation a donné quelques réponses à cette préoccupation.

Ainsi, le refus opposé par des salariés à une modification de leur rémunération ne justifie pas nécessairement un licenciement pour motif économique dès lors qu'il s'agit seulement de répondre au souhaits de la clientèle et aux contraintes du contexte économique et concurrentiel (Cass. Soc. 23 juin 1993, Société Hôtelière Lutetia Concorde).

Un arrêt récent (Droit Ouvrier 1993, p. 374) de la Cour d'Appel d'Angers (Sté TRW) du 8 juin 1993 concluait à l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement économique prononcé à l'occasion du refus opposé par les salariés à des réductions de salaire, alors que la société ne justifiait d'autre motif que l'intérêt de tout employeur à diminuer ses charges salariales.

De même, le refus du changement du lieu de travail en raison du transfert géographique d'une activité n'entraîne pas forcément un licenciement économique.

Ainsi la Cour d'Appel de Lyon, dans un arrêt concernant la Sté Thomson Tube et Display (Droit Ouvrier 1993 p. 221), après avoir constaté que les emplois des salariés de l'établissement de Lyon, n'avaient pas été supprimés mais transférés vers d'autres sites, retient que l'employeur n'a invoqué pour justifier les licenciements, ni transformation d'emploi ni modifications substantielles du contrat de travail.

D'ailleurs, la circulaire du 4 octobre 1989 a précisé qu'un tel licenciement correspondait à une modification substantielle des conditions d'emploi "qui équivaut à une suppression de poste", ce qui ne serait pas le cas d'une modification non substantielle.

II. — SUR LES CRITERES D'ORDRE DE LICENCIEMENT

L'examen d'un licenciement pour motif économique s'effectue désormais à plusieurs niveaux.

En effet, dans le processus d'un licenciement pour motif économique, s'il y a des éléments non inhérents au salarié, il existe des éléments inhérents à celui-ci qui amènent l'employeur à le choisir.

Pour preuve, le développement de la jurisprudence sur ce sujet pendant les années 1992 et 1993.

Il convient de rappeler que l'article L 321-1 du Code du Travail modifié dernièrement par la loi du 2 août 1989 a précisé les critères que devait prendre en compte l'employeur dans le choix du salarié aussi bien pour le licenciement individuel que pour le licenciement collectif.

Il a été introduit par la loi de 1989 la possibilité pour le salarié de demander dans les 10 jours, à compter de la date à laquelle il quittait effectivement son emploi, les critères qui ont été retenus pour fixer l'ordre de licenciement, l'employeur ayant 10 jours pour répondre.

Depuis 1982, il est acquis que les dispositions relatives à l'ordre des licenciements contenues dans un règlement intérieur sont caduques.

En cas de licenciement économique individuel, l'employeur doit s'en tenir aux critères légaux tels que

L'équivalence décrétée peut être sujette à caution, car le salarié licencié dans de telles conditions peut être remplacé.

Il conviendrait plutôt de soutenir que le licenciement prononcé après le refus d'une modification substantielle du contrat de travail a une cause économique si le transfert géographique est justifié par une réorganisation de l'entreprise (Cass. Soc. 21 octobre 1992).

Les juridictions sont aussi amenées à se pencher sur la réalité de la "conséquence", à savoir l'effectivité de la suppression d'emploi ou de la transformation d'emploi ou de la modification substantielle du contrat de travail.

Beaucoup d'entreprises se contentent d'évoquer des baisses de résultats ou de commandes, ou, la suppression du poste tel qu'occupé par le salarié.

A cet effet, souvent la motivation contenue dans la lettre de licenciement est tout à fait éloquente, il convient d'y être attentif.

Il est aussi indispensable de rechercher les substituts qui peuvent s'organiser par le biais de la sous-traitance ou l'appel au "freelance" ou à des salariés avec une autre qualification.

Que dire encore des employeurs qui attendent un délai d'un an avant de procéder au remplacement, ou, qui font valoir que les salariés n'ont pas fait jouer la priorité de réembauchage dont ils peuvent bénéficier ?

Il reste enfin à évoquer le problème des départs volontaires.

Il est admis que toute rupture résultant de l'une des causes énumérées à l'article L. 321-1 constitue un licenciement économique des salariés qui peuvent être amenés à signer une transaction, ce qui ne leur permet plus aucun recours.

Par contre, la réponse à l'appel au volontariat, organisé dans de nombreuses entreprises, ne vaut pas pour autant acceptation du motif du licenciement ou renonciation à l'ordre des licenciements dès lors qu'aucune transaction n'est signée, le volontariat n'étant qu'une adhésion au départ mais pas au motif économique du licenciement.

définis au premier alinéa de l'article L. 321-1 du Code du Travail.

Pourquoi ne pourrait-on pas faire appel aux critères retenus par la Convention Collective applicable si ces derniers sont plus favorables ?

De toute façon, les critères énoncés à l'article L. 321-1 du Code du Travail ne sont pas énumérés de façon exhaustive puisqu'on trouve l'adverbe "notamment" avant qu'ils ne soient visés expressément.

Par contre, s'agissant d'un licenciement économique collectif (petit ou grand), à défaut de convention collective ou d'accord collectif, les critères sont définis par l'entreprise après consultation des représentants du personnel.

Ils ne sont donc que proposés par les représentants du personnel dont l'avis n'est pas forcément retenu.

Il convient de rappeler que les Syndicats n'ont pas le pouvoir de renoncer aux prérogatives du Comité d'Entreprise, et qu'un accord collectif ne saurait empêcher l'application des dispositions de la Convention Collective relatives aux critères d'ordre de licenciement à l'occasion par exemple de départs négociés (cf arrêt Cour d'Appel de Paris 24 mai 1989, C.E.P.M.E. contre C.F.D.T.).

A ce stade de la discussion, il est permis de s'interroger sur le volontariat au départ et son équivalence à un renoncement à l'ordre des licenciements.

Sur le plan collectif, la Cour de Cassation (arrêt C.P.M.E. du 10 avril 1991, *Droit Ouvrier* 1991, p. 208) a précisé qu'une opération de gestion mettant en œuvre un plan social et privilégiant le départ volontaire doit s'analyser en un projet de licenciement collectif qui est soumis comme tel aux dispositions du licenciement économique collectif.

Aussi, le volontariat ne peut faire échec aux critères d'ordre de licenciement dans la mesure où, pour prendre en connaissance de cause leur décision de départ volontaire, les salariés doivent savoir s'ils sont compris ou non dans le projet de licenciement.

Une circulaire ministérielle du 29 décembre 1992 est venue spécifier que le volontariat pouvait faire partie des critères d'ordre de licenciement.

Quand on a évoqué le cadre d'application des critères d'ordre de licenciement, tout reste à faire.

En 1990, le Professeur Savatier doutait de ce que le contrôle judiciaire de l'ordre des licenciements prenne un grand développement.

Il est vrai qu'à l'époque, il y avait peu de décisions jurisprudentielles.

Depuis 1992, la Cour de Cassation a été plus prolixe et a permis d'élaborer une méthodologie sur l'application des critères d'ordre de licenciement et le contrôle judiciaire permettant de fixer certains principes.

L'employeur ne peut privilégier l'un des critères arrêtés pour fixer l'ordre des licenciements qu'après avoir pris en considération l'ensemble de ceux-ci (cf arrêts du 15 mai 1991, 8 avril 1992), ce qui signifie qu'il n'y a aucune hiérarchie entre les critères d'ordre de licenciement.

Pourtant, si l'employeur peut privilégier un des critères, cela laisse toujours une certaine place à l'arbitraire car il n'est pas précisé si chaque critère doit être appréhendé à part égale ou non.

Qu'entend-on par prise en considération ?

Certaines conventions collectives peuvent aider cette recherche en affectant les différents critères d'un certain nombre de points (cf. convention collective C.C.N. des Banques).

A ce pouvoir de privilégier un seul critère, il existe toutefois certains verrous qui permettent de canaliser les pouvoirs de l'employeur, en particulier "les qualités professionnelles".

En effet,

- les juges du fond doivent vérifier si l'employeur a pris en considération les autres critères prévus par la même convention collective (arrêt Cass. Soc. 4 mai 1993),
- l'employeur doit communiquer au Juge en cas de contestation les éléments objectifs sur lequel il s'est appuyé pour arrêter son choix (cf arrêt Cass. Soc du 30 juin 1993, ce numéro p. 55), le salarié n'ayant pas démontré la mauvaise foi, la partialité ou l'incompétence de l'employeur (Cass. Soc 3 février 1992),
- l'employeur doit pouvoir justifier de l'application des modalités du licenciement et de faits précis pour étayer son choix avec pièces à l'appui, tel que dossier personnel etc...

Etant précisé qu'il est interdit à tout employeur de prendre en considération la possession d'un diplôme ou le niveau des diplômes (Arrêt Cass. Soc 20 janvier 1993),

et, qu'il doit procéder à un examen comparatif avec les autres salariés appartenant à la même catégorie.

Sur ce point, il peut y avoir des difficultés.

En effet la comparaison doit-elle se faire entre les salariés exerçant la même fonction effectivement occupée et ceux appartenant à la même catégorie ?

Une réponse a été donnée par un arrêt de la Cour de Cassation en date du 30 juin 1993, qui vise la catégorie des emplois supprimés ou la catégorie du personnel intéressé ; c'est donc dans le cadre de la catégorie professionnelle que doit se faire cet examen comparatif, sauf si les salariés occupent des fonctions attachées à la classification.

Toujours est-il qu'il n'y a pas à respecter un ordre des licenciements lorsque les emplois supprimés sont les seuls de la catégorie des salariés licenciés.

Par contre, l'employeur peut-il retenir la non-polyvalence d'un salarié comme critère d'appréciation des qualités professionnelles de celui-ci ?

La question a son importance car cela recouvre l'obligation d'adaptation à l'évolution de l'emploi que doit remplir l'employeur à titre préventif, et, l'obligation pour l'employeur d'effectuer un reclassement dans un poste compatible avec la qualification du salarié.

En tout cas l'appréciation des critères dans le licenciement doit se faire même lorsque les salariés dont le service est supprimé sont polyvalents.

Le cadre d'appréciation des critères d'ordre des licenciements a été étendu à l'entreprise et non pas limité au seul service concerné par le licenciement (Cass. Soc. 24 mai 1993).

Cela a son importance, non pas seulement pour les emplois polyvalents qui obligent l'employeur à comparer les situations personnelles dans le cadre de l'entreprise, mais aussi parce que ce cadre peut aller au delà de certaines dispositions conventionnelles visant exclusivement l'établissement (cf Convention Collective des Banques).

Un arrêt de la Cour de Cassation du 30 juin 1993 est venu préciser que l'ordre des licenciements s'apprécie au niveau de l'établissement par catégorie professionnelle si un accord d'entreprise le prévoit.

Enfin, il reste que l'employeur ne peut procéder à une discrimination telle que la prise en compte de l'origine (cf article L. 122-45 du Code du Travail), la situation du salarié en congé parental, la réduction des capacités physiques consécutives à un accident du travail, ou encore un choix financier, sauf s'il en justifie au regard du marché et des besoins nouveaux, ou encore, les seuls avantages viagers des salariés, tels que les pensions de retraite.

A cet effet, il convient de rappeler les sanctions en cas de violation de l'article L. 321-1.1 du Code du Travail dont il est acquis désormais par la Cour de Cassation qu'il s'agit de dommages-intérêts calculés en fonction du préjudice subi par les salariés et non les sanctions spécifiques prévues en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Cela peut avoir une incidence puisque les minima posés par la loi en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse n'ont pas à être respectés (cf article L. 122-14.4 du Code du Travail).

Pourtant on peut se demander si le choix du salarié lié au respect des critères de licenciement ne fait pas partie de la cause de licenciement dans le cadre de l'appréciation de son caractère sérieux au regard des règles du contrat de travail, sans aucun rapport avec le motif économique.

La question reste posée.

De même, le défaut de réponse à la demande de critères des salariés ne pourrait-il être assimilé à la non-prise en compte de ces critères d'ordre de licenciements, ce par analogie avec la jurisprudence qui avait admis qu'en cas de défaut de réponse de l'employeur à la demande du salarié d'une énonciation des motifs de licenciement, cela équivalait à une absence de motif.

Une telle présentation de la législation et de la jurisprudence permet-elle de conclure à la réalisation de l'objectif du législateur qui a voulu que les critères d'ordre de licenciement permettent d'humaniser les décisions souvent fondées sur une logique économique.

En effet, derrière les licenciements économiques, de plus en plus se cachent des licenciements permettant de rejeter les salariés considérés comme étant non compétitifs.

Par exemple, dans certaines entreprises du secteur informatique, les critères d'ordre des licenciements avan-

cés par l'employeur en réponse à la demande des salariés ont été les suivants :

- l'inadaptation de la qualification aux besoins du marché, qui a été déterminante pour le licenciement avant tout autre critère des charges de famille et d'ancienneté,
- l'appréciation de cette inadaptation résulte de l'un ou plusieurs des critères suivants :
 - * niveau de salaire trop élevé par rapport à la moyenne du marché pour le niveau de qualification,
 - * écart entre le type de compétence et celui requis par le marché pour une même qualification,
 - * inadéquation du comportement aux contraintes et à l'esprit de service exigé par les clients,
 - * ou encore inadéquation des compétences professionnelles aux nouvelles missions confiées.

Franceline Lepany.