

**CONTRAT DE TRAVAIL – RUPTURE – LICENCIEMENT –
ABSENCE DE PROCEDURE – CONSEQUENCES –
LICENCIEMENT SANS CAUSE REELLE ET SERIEUSE –
SALARIE APPARTENANT A UNE ENTREPRISE OCCUPANT
MOINS DE ONZE SALARIES – COMBINAISON DES
ARTICLES L 122-14-4 ET L 122-14-5 C. TRAV. – INDEMNITE
NE POUVANT ETRE INFERIEURE AUX SIX DERNIERS
MOIS DE SALAIRES**

St Denis, 13 février 2001
SARL Conformix Réunion c/ M. Jacques Booz
Affaire n° 99/02277
Arrêt n° 01/153
Avocat : Me Michel Bidois

EXTRAITS

La rupture du contrat de travail intervenue en violation de la procédure légale obligatoire prévue par les articles L 122-4 (sic)¹ et suivants du code du travail prévoyant en particulier un entretien préalable et la notification d'une lettre de licenciement constitue un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse.

Il résulte de la combinaison des articles L 122-14, alinéa 2, L 122-14-4 et L 122-14-5, alinéa 1^{er} du Code du travail que, dès lors que la règle posée par l'article L 122-14 relative à l'assistance du salarié par un conseiller de son choix, n'a pas été respectée par l'employeur, le licenciement d'un salarié appartenant à une entreprise occupant moins de onze salariés ou ayant moins de deux ans d'ancienneté, est soumis aux dispositions de l'article L 122-14-4, à savoir une indemnité ne pouvant être inférieure aux six derniers mois de salaires, qu'il s'agisse de la sanction de l'irrégularité de la procédure – non assistance du salarié par un conseiller de son choix – ou de celle résultant de l'absence de cause réelle et sérieuse.

COMMENTAIRE

Un truisme : la loi a parfois des conséquences que le législateur lui-même n'avait pas imaginées. Cela se vérifie en particulier lorsque le législateur, non content d'en rester à l'élaboration des grands principes, s'offre le luxe d'aller dans le détail. C'est le cas en Droit du travail². De l'adoption en première lecture à celle en dernière lecture, les juristes qui font partie de « notre Parlement » se perdent parfois

¹ Il faut lire L 122-14.

² Sur le rôle de la loi en Droit du travail cf. Jean – Emmanuel Ray, *Droit du travail Droit vivant*, Ed. Liaisons, 9^{ème} éd. 2000-2001, n° 20, p. 19.

en conjectures... Ou bien ils dorment ! Parfois, notre Conseil constitutionnel apporte les correctifs nécessaires¹ ; encore faut-il qu'il soit saisi !

Bref : il arrive qu'une loi « écrite avec les pieds », contienne des effets inattendus qui se découvrent comme une poupée russe (II). L'arrêt nous en donne une illustration, appliquant à la lettre les articles L 122-14 et L 122-14-5 du Code du travail (I).

I/ L'APPLICATION LITTERALE D'UN TEXTE...

Résumons le problème et voyons la réponse que la jurisprudence lui apporte.

A/ Données du problème

Depuis 1973, l'employeur qui veut licencier doit respecter une procédure prévue aux articles L 122-14, L 122-14-1 et L 122-14-2 du code du travail, dont les étapes essentielles sont l'entretien préalable et la lettre de notification du licenciement qui doit énoncer les motifs précis incitant l'employeur à licencier et fixant les termes du litige. La jurisprudence la plus solennellement établie décide qu'en l'absence de telles formalités, le licenciement doit être considéré sans cause réelle et sérieuse². On dit que la forme rejaillit sur le fond.

S'agissant des sanctions à infliger à l'employeur lorsqu'il licencie sans cause réelle et sérieuse, le législateur de 1973 avait décidé de distinguer deux hypothèses, selon l'ancienneté du salarié et l'effectif de l'entreprise. D'une part, en vertu de l'article L 122-14-4 du Code du travail, le licenciement sans cause réelle et sérieuse d'un salarié ayant au moins deux ans d'ancienneté et travaillant dans une entreprise occupant plus de 10 salariés entraîne l'octroi, à son bénéfice, d'une indemnité dont le montant minimum est de six mois de salaire. D'autre part, afin de ne pas pénaliser les entreprises de petite taille (moins de onze salariés) ou afin de tenir compte de la faible ancienneté du salarié (moins de deux ans), l'article L 122-14-5, dans sa rédaction initiale, avait exclu du bénéfice des dispositions de l'article L 122-14-4 du Code du travail les salariés licenciés se trouvant dans l'une de ces deux dernières situations ; en effet, aux termes de cet article, le salarié licencié sans cause réelle et sérieuse ne pouvait prétendre qu'à une indemnité en fonction du préjudice subi.

Mais certains de ces textes (les articles L 122-14 et L 122-14-5 du Code du travail) ont été modifiés par le législateur de 1989 qui a instauré le conseiller extérieur³. L'article L 122-14 prévoit désormais en son deuxième alinéa l'assistance

¹ V. par exemple, la décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002 à propos de la loi de modernisation sociale ; cf. L. Favoreu, L'impact des réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel, *SSL* n° 1059, p. 16.

² Cf. Ass. Plén. 27 nov. 1998, *Bull. civ.* n° 2.

³ Lors de l'entretien préalable, le salarié peut se faire assister par un membre du personnel appartenant à l'entreprise. On comprend facilement qu'il est préférable de se faire assister par un « salarié protégé », mieux à même de remplir son rôle de défenseur. Or, la fréquente absence de tels salariés (délégués du personnel, membres du comité d'entreprise, délégués syndicaux...) au sein des entreprises a conduit le législateur à créer le conseiller extérieur, dont les fonctions peuvent s'exercer dans toutes les entreprises

du salarié lors de l'entretien préalable par une personne extérieure, en l'absence de représentant du personnel dans l'entreprise. Et l'article L 122-14-5 du Code du travail a lui aussi fait l'objet d'une modification, par voie d'adjonction : « À l'exception des dispositions du deuxième alinéa de l'article L 122-14 relatives à l'assistance du salarié par un conseiller, les dispositions de l'article L 122-14-4 ne sont pas applicables aux licenciements des salariés qui ont moins de deux ans d'ancienneté dans l'entreprise et aux licenciements opérés par des employeurs qui occupent habituellement moins de onze salariés ».

Cette nouvelle rédaction de l'article L 122-14-5 du code du travail a conduit à se poser la question suivante : faut-il considérer, en l'absence de ce formalisme spécifique aux entreprises ne disposant pas de représentant du personnel et en l'absence de cause réelle et sérieuse de licenciement, que la sanction de l'article L 122-14-4 du Code du travail doit être appliquée sans distinguer selon l'ancienneté du salarié ou la taille de l'entreprise ?

B/ Résolution du problème par le droit positif

La Cour de cassation a répondu positivement à cette question¹ et c'est cette jurisprudence qui est appliquée dans l'arrêt ici commenté. Cette position, interprétant dans un sens littéral et extensif un texte mal rédigé correspond sans doute à un mouvement d'humeur de la Cour de cassation², vexée de ne pas pouvoir participer, ne serait-ce qu'à titre consultatif, à l'élaboration des textes législatifs « pointus ». Si de vrais juristes faisaient la loi...

La Cour de St Denis ne se départit pas de cette position : « Il résulte de la combinaison des articles L 122-14, alinéa 2, L 122-14-4 et L 122-14-5, alinéa 1^{er} du Code du travail que, dès lors que la règle posée par l'article L 122-14 relative à l'assistance du salarié par un conseiller de son choix, n'a pas été respectée par l'employeur, le licenciement d'un salarié appartenant à une entreprise occupant moins de onze salariés ou ayant moins de deux ans d'ancienneté, est soumis aux dispositions de l'article L 122-14-4, à savoir une indemnité ne pouvant être inférieure aux six derniers mois de salaires, qu'il s'agisse de la sanction de l'irrégularité de la procédure – non assistance du salarié par un conseiller de son choix – ou de celle résultant de l'absence de cause réelle et sérieuse ».

Position orthodoxe. Mais générant des effets inattendus.

ne disposant pas de représentant du personnel. La loi de 1989 a été abrogée et remplacée par une loi du 18 janvier 1991.

¹ Cass. soc. 19 juill. 1995, *Dr. soc.* 1995, p. 934, obs. Jean Savatier ; Cass. soc. 13 nov. 1996, *Bull. civ.* n° 382.

² Cf. Philippe Waquet, *Dr. soc.* 1996, p. 1047. La Cour de cassation avait proposé dans son rapport pour 1998 une suggestion de réforme législative sur les « *sanctions des vices de la procédure de licenciement* » (*Ed. la Documentation française*, p. 15 ; *SSL* n° 934, p. 7).

II/ ... DONNE PARFOIS DES EFFETS INATTENDUS

Nous parlions plus haut d'effets qui se découvrent comme des poupées russes. L'arrêt commenté en constitue un maillon ; mais ce n'est pas le maillon final. Le raisonnement peut aller plus loin et servir de fondement à l'affirmation caricaturale suivante : un contrat de travail conclu pour une durée déterminée de trois jours, s'il est « mal fait », peut entraîner l'obligation, pour l'employeur, de payer une indemnité minimale de sept mois de salaires.

A/ Un effet inattendu illustré par l'arrêt

Au départ (la loi de 1973), le salarié embauché à durée indéterminée et licencié sans que la procédure de licenciement ne soit respectée pouvait prétendre à une indemnité maximale de un mois de salaire.

Premier glissement : la Cour de cassation affirma que certaines violations de la procédure rendaient le licenciement sans cause réelle et sérieuse¹, ce qui permit au salarié, licencié sans que la procédure ne soit strictement observée d'obtenir une indemnité pour non respect des règles de fond.

Deuxième glissement, celui illustré par l'arrêt commenté : la réforme de 1989-1991 permet parfois d'éviter d'avoir à faire la distinction parmi les salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse, selon qu'ils avaient plus ou moins de deux ans d'ancienneté et selon qu'ils étaient occupés dans une entreprise employant plus ou moins de onze salariés. C'est le cas lorsque l'entreprise n'a aucune institution représentative du personnel². Quelle que soit leur ancienneté et quel que soit l'effectif de l'entreprise, ces salariés ont droit à des dommages-intérêts qui ne peuvent être inférieurs à six mois de salaires.

Cette solution, qui, rappelle-t-on, n'a été rendu possible que grâce à la négligence du législateur, apparaît pour le moins choquante lorsqu'on pense au fait que le licenciement a pu être déclaré infondé suite à une simple erreur de procédure !

Prenons l'exemple suivant, volontairement caricatural. Soit un salarié embauché depuis quatre mois au sein d'une entreprise artisanale (six salariés et pas d'institution représentative du personnel) et qui est licencié pour faute grave suite à d'importantes malveillances. Le patron, mal - ou pas - conseillé, a fait figurer les griefs reprochés au salarié dans la lettre de convocation à l'entretien préalable et s'est contenté de procéder par rappel dans la lettre de notification du licenciement (peut-être par clémence envers le salarié qui sait que cette lettre de licenciement risque de le suivre tout au long de ses futurs entretiens d'embauche). De plus, il a oublié de mentionner dans la lettre de convocation à l'entretien préalable la possibilité pour le salarié de se faire assister par un conseiller extérieur. Ces griefs,

¹ La Cour de cassation a opté pour cette position dès 1976, c'est à dire dès qu'elle a été saisie de l'application de la loi de 1973 ; cf. Cass. soc. 26 oct. 1976, *Bull. civ.* n° 521 ; *D.* 1977, p. 544, obs. Jeammaud.

² Cela concerne, selon Jean – Emmanuel Ray, *op. cit.*, n° 185, un salarié sur deux.

bien que matériellement établis, ne pourront servir de preuve à la légitimité du licenciement. Le licenciement sera considéré comme sans cause réelle et sérieuse. Et puisque la référence au conseiller extérieur a été omise, le salarié aura droit à une indemnité minimale de six mois de salaire. Pour une TPE, cela peut signifier la clé sous la porte...

B/ Un effet pervers, concernant le contrat de travail à durée déterminée

Il faut appliquer le raisonnement tenu précédemment à l'hypothèse du salarié embauché à durée déterminée au sein d'une entreprise qui n'a pas de représentant du personnel et qui obtient la requalification judiciaire de son contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée.

Le raisonnement tenu par le salarié peut alors être le suivant :

J'ai été embauché par contrat de travail à durée déterminée. Or ce contrat de travail à durée déterminée doit être requalifié en contrat de travail à durée indéterminée.

Ce contrat de travail à durée indéterminée a été rompu alors que je n'ai jamais manifesté l'intention de démissionner ; donc, cette rupture est un licenciement.

Lors de ce licenciement, je n'ai pas été convoqué à un entretien préalable ni ai reçu une lettre me notifiant mon licenciement.

Donc, mon licenciement est sans cause réelle et sérieuse.

Certes, je n'ai pas deux ans d'ancienneté ; certes, l'entreprise dans laquelle j'étais employé occupait moins de onze salariés.

Mais peu importe : la rupture de mon contrat de travail doit s'analyser en un licenciement sans cause réelle et sérieuse et je n'ai pas reçu de lettre me prévenant de la possibilité de me faire assister d'un conseiller extérieur.

Donc, j'ai droit à un mois de salaire au titre de la requalification.

Donc, j'ai droit à six mois minimum de salaires au titre du licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Ce raisonnement se tient et a déjà été appliqué par nos juridictions¹. C'est un effet inattendu de l'imperfection des textes, effet qui a pu être qualifié de pervers² : un contrat de travail à durée déterminée de cinq jours « mal fait »³ peut entraîner une telle sanction.

La Cour de cassation a mis fin au jeu de cette sanction disproportionnée par un arrêt du 18 décembre 2000⁴, en faisant œuvre prétorienne : le salarié dans une telle situation ne peut prétendre qu'à une indemnité égale à l'intégralité des salaires

¹ Cf. Rolland James, Les effets insoupçonnés des dispositions de l'article L 122-14-5 du Code du travail ou une exception juridique coûteuse, *SSL* n° 968, p. 8.

² Cf. Rolland James, *op. cit.*

³ Il existe de nombreux cas de requalification.

⁴ N° 98-41.740 P + B ; *SSL* n° 1011, p. 12, obs. Camille Goasguen.

perçus, « l'indemnité ne pouvant être supérieure au salaire correspondant à la durée effective du travail ». Concernant un salarié de moins de six mois d'ancienneté, la décision restitue leur véritable sens aux articles L 122-14-4 et 122-14-5 du code du travail. Un salarié embauché pour quinze jours sous un contrat de travail à durée déterminée « mal fait » ne pourra prétendre qu'à une indemnité de quinze jours (plus un mois au titre de la requalification).

L'arrêt a le mérite de rappeler que l'article L 122-14-4 ne fait pas référence à une indemnité de six mois mais à une indemnité « au moins égale au montant des salaires des six derniers mois », ce qui suppose un travail effectif lors de cette période. Le juge est alors fondé à calculer l'indemnité en fonction de la période effective d'appartenance à l'entreprise du salarié pendant les six derniers mois.

Néanmoins, le texte fait de cette indemnité un « plancher de réparation », pas un « plafond » : le juge pourrait donc l'augmenter, en se référant au préjudice subi par le salarié.

La logique indemnitaire liée à la rupture d'un contrat de travail : voilà une question dont les réponses, suite notamment à la loi du 17 janvier 2002 relative à la modernisation sociale et à plusieurs décisions concernant le licenciement des salariés protégés, mériteraient d'être synthétisées.

Serge Farnocchia
Maître de conférences à l'Université de La Réunion