

# La notion d'ancienneté en droit du travail français

par **Guylaine VALLÉE**

Professeur à l'école de relations industrielles, université de Montréal

L'ancienneté est l'une des caractéristiques personnelles du salarié qui a le plus d'incidence sur ses droits et sur ses conditions de travail. Une étude comparative indique qu'il existe deux grandes notions d'ancienneté dans les systèmes de droit du travail, qui sont liées aux rôles différents que joue ce critère dans le droit applicable aux salariés (1).

L'ancienneté a d'abord un rôle *objectif*. Elle intervient dans le droit du travail à titre de seuil, elle confère un rang, elle permet d'obtenir un avantage supérieur ou un meilleur salaire. Il s'agit d'une ancienneté mesurable, qui donne naissance à des litiges portant sur ses problèmes de calcul. L'ancienneté est alors définie en fonction des obligations du contrat de travail et de la convention collective qui en sont les principaux supports ; elle fait l'objet de règles qui tiennent à l'exécution dans le temps des obligations du rapport de travail et au cadre d'exécution de ces obligations. Elle est utilisée dans la loi ou les conventions collectives pour imposer à l'employeur des obligations supplémentaires à l'égard de salariés justifiant d'une certaine durée de service.

L'ancienneté en droit du travail a aussi un rôle « *subjectif* » : elle est utilisée par le juge dans le contrôle de l'exercice d'un droit. L'ancienneté s'est graduellement intégrée aux règles de droit applicables aux rapports de travail par des mécanismes qui permettent un contrôle judiciaire de l'exercice par l'employeur de son droit de résiliation unilatérale du contrat de travail, de son pouvoir disciplinaire et de ses droits de direction. C'est le juge qui utilise ce critère subjectif d'ancienneté et qui en élabore donc la définition.

Ces deux notions d'ancienneté existent dans le droit du travail français, même si l'ancienneté y a surtout

été étudiée jusqu'à maintenant à titre de critère objectif d'attribution de droits. Cette première forme d'ancienneté est d'origine légale et conventionnelle mais c'est la jurisprudence qui a graduellement développé ses règles de calcul (1). L'ancienneté, critère subjectif d'appréciation, existe aussi dans le droit du travail français où elle est promise à notre avis à un développement intense au cours des prochaines années (11).

## I. — LE CRITÈRE OBJECTIF D'ANCIENNETÉ

Les fondements contractuels de l'ancienneté sont très nettement identifiés en droit français (2) (A). Cette notion contractuelle d'ancienneté, malgré une certaine faculté d'adaptation aux nouvelles caractéristiques du marché de l'emploi, est toutefois moins bien adaptée qu'une autre notion objective d'ancienneté qui existe en droit français l'ancienneté professionnelle, dont le champ d'application est toutefois restreint à des avantages particuliers (B).

### A — L'ANCIENNETÉ CONTRACTUELLE

Cette première notion objective d'ancienneté repose sur l'existence du contrat de travail, sur la durée du lien contractuel. Néanmoins la durée de l'ancienneté n'est pas toujours proportionnelle à celle d'un contrat de travail. Le fondement contractuel de l'ancienneté peut conduire à deux types de calcul.

L'ancienneté peut prendre en compte la durée ininterrompue du lien contractuel entre deux parties. Cette conception de l'ancienneté, parfois rattachée à la notion d'appartenance du salarié à l'entreprise, est contractuelle plutôt qu'institutionnelle dans la mesure où elle repose

(1) Voir notre thèse de doctorat : « L'ancienneté en droit du travail français et québécois : une approche de droit comparé », Thèse de doctorat réalisée sous la direction du professeur J. Pelissier, Institut d'études du travail et de la Sécurité sociale, université Jean-Moulin, 1991, 718 pages.

(2) J.-M. BÉRAUD, « La suspension du contrat de travail », *Sirey* 1980, pp. 258 et suiv. ; G. POULAIN, « Le calcul de l'ancienneté et la discontinuité des services du salarié », *D.S.* 1970.223. G. RAYMOND, « L'ancienneté de services », *D.S.* 1967.164

sur la durée d'exécution des obligations continues du contrat de travail, qui se confond avec la durée du lien contractuel lui-même (3). L'ancienneté peut aussi mesurer la seule période d'exécution de la prestation de travail à l'intérieur de la vie d'un contrat ou de contrats successifs. Il s'agit alors d'une ancienneté de travail effectif aussi appelée ancienneté de services continus. Il ne faut pas confondre l'ancienneté de travail effectif et d'autres conditions de travail effectif, exprimées en unités de temps, qui mesurent une « quantité » de travail exécutée à l'intérieur d'une période de référence plutôt qu'une durée de travail (4).

Les auteurs s'étant intéressés à la question de l'ancienneté en droit du travail français avaient souhaité (5) et avaient même perçu une évolution de l'interprétation des conditions légales d'ancienneté tendant à privilégier, dans une série d'hypothèses plus nombreuses, l'ancienneté du lien contractuel. Ainsi, le professeur Béraud pouvait-il écrire en 1980 : « ... c'est bien la conception classique de l'ancienneté dans l'entreprise qui est retenue pour l'application de la procédure de licenciement individuel, le calcul du montant de l'indemnité de licenciement, et l'ouverture du droit au congé formation notamment. Les cas paraissent fort nombreux et la notion d'ancienneté dans l'entreprise tend aujourd'hui à devenir la notion commune en la matière. Ce n'est, en effet, que dans des hypothèses limitées qu'il est fait appel à l'ancienneté de services continus » (6).

L'auteur ajoutait que cette conception large de l'ancienneté guidait aussi l'interprétation jurisprudentielle des conditions d'électorat et d'éligibilité en matière d'institutions représentatives du personnel.

Toutefois, cette tendance ne s'est pas maintenue et l'ancienneté du lien contractuel a un champ d'application limité (1). Les conditions légales d'ancienneté sont généralement soumises à une interprétation devenue, ces dernières années, plus restrictive (2).

## 1. L'ancienneté du lien contractuel

L'ancienneté du lien contractuel n'est valable de façon certaine, à l'heure actuelle, que pour déterminer les sanctions applicables à un licenciement sans cause réelle et sérieuse ou avec irrégularité de procédure. L'actuel article L. 122-14-5 se situe dans la continuité de l'ancien article L. 122-14-6. Si les exigences de procédure sont maintenant indépendantes de l'ancienneté du salarié, les

sanctions d'un licenciement présentant des irrégularités procédurales et d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse varient selon une notion d'ancienneté dans l'entreprise qui n'a pas changé malgré la réforme de 1986.

La jurisprudence avait interprété la condition d'ancienneté dans l'entreprise requise par l'article L. 122-14-6 alors applicable au sens d'une ancienneté du lien contractuel. Les périodes de suspension du contrat de travail étaient comprises dans le calcul de l'ancienneté visée par ce texte (7), qui devait toutefois être décomptée de la date d'entrée dans l'entreprise à celle de la notification de licenciement, et non à celle de la fin du contrat de travail. Il n'existe pas, à notre connaissance, d'arrêts récents ayant remis en cause l'interprétation de cette condition d'ancienneté.

L'ancienneté du lien contractuel intervient aussi dans l'appréciation des conditions d'ancienneté déterminant les qualités d'électeur ou de salarié éligible à l'exercice d'un mandat de représentation du personnel. Ces conditions ont généralement été interprétées comme une ancienneté du lien contractuel, même si la jurisprudence est incertaine quant à l'appréciation des conditions d'éligibilité. Des arrêts récents semblent toutefois revenir à une conception large de l'ancienneté requise en matière d'éligibilité (8).

L'ancienneté du lien contractuel fait enfin l'objet d'une reconnaissance législative indirecte. Les articles L. 212-4-2 et L. 212-4-10 du *Code du travail* précisent que les travailleurs intermittents et les travailleurs à temps partiel doivent se voir reconnaître la même ancienneté que s'ils avaient travaillé à temps complet. Ces textes témoignent d'une certaine reconnaissance législative de l'ancienneté du lien contractuel qui n'est pas sensible à l'horaire de travail, par exemple au travail à temps partiel, ou aux aléas de la prestation de travail, si celle-ci est intermittente, à la condition que le lien d'emploi soit maintenu.

## 2. L'ancienneté de travail effectif

La notion d'ancienneté de travail effectif, d'abord développée en jurisprudence, fait aujourd'hui l'objet d'une reconnaissance législative et d'un élargissement de son champ d'application (a), même s'il existe de multiples exceptions, par la voie de l'assimilation de certaines périodes d'absences à du travail effectif ou de protection du cumul de l'ancienneté pour certaines causes d'absences (b).

(3) J.-M. BÉRAUD, *op. cit.*, note 2, p. 258. G. POULAIN, *loc. cit.*, note 2, 233.

(4) Il existe en effet plusieurs unités de mesure du temps consacré par une personne à son travail : celles qui, exprimées en unités de temps, ont pour objet une quantité de travail et celles qui ont pour objet une durée de travail. Les premières, appréciées à l'intérieur d'une période de référence, ne donnent pas une valeur à l'écoulement du temps, contrairement aux secondes, qui sont de véritables conditions d'ancienneté. Ces deux unités de temps interviennent dans la détermination des congés payés. Le droit et la durée des congés payés sont soumis à une condition de travail effectif qui mesure, en unités de temps, une « quantité » de travail effectuée à l'intérieur d'une période de référence. Certaines conventions collectives prévoient toutefois des congés supplémentaires d'ancienneté.

(5) J.-M. BÉRAUD, *op. cit.*, note 2, pp. 258 et suiv. ; G. POULAIN, *loc. cit.*, note 2, 230 ; G. RAYMOND, *loc. cit.*, note 2, 174.

(6) Ces cas étant limités aux congés payés, à la durée du préavis et à l'ouverture du droit à l'indemnité de licenciement. J.-M. BÉRAUD, *op. cit.*, note 2, p. 259.

(7) Soc. 29 juin 1977, *Jur. Soc. UIMM* 1977.376.281 (1<sup>re</sup> esp.) ; Soc. 17 octobre 1979, *Jur. Soc.* 1979. S.J. 29 ; *JCP* 1979 IV, 38.

(8) G. LYON-CAEN et J. PÉLISSIER, *Droit du travail* 15<sup>e</sup> édition, Paris, Dalloz, 1990, n° 671 et suiv., pp. 772 et suiv. Des arrêts récents semblent revenir à une appréciation large de la condition d'ancienneté en matière d'éligibilité : Soc. 15 novembre 1988, D.S. 1989.144 ; H. MARIE, « Inéligibilités aux élections professionnelles et suspension du contrat de travail en cas d'arrêt maladie », D.S. 1989.144 ; Soc. 12 décembre 1990, D. 1991 ; I.R. 22 ; Soc. 15 mai 1991, *Bull. V.* 240. 147.

a) L'ancienneté de travail effectif est une création jurisprudentielle. L'interprétation de la condition d'ancienneté de services continus servant de fondement à l'attribution du préavis légal de licenciement instauré en 1958 a conduit à la notion d'ancienneté de travail effectif. La loi du 19 février 1958 instaurait un préavis légal en cas de licenciement. Ce préavis légal était d'une durée d'un mois pour les salariés justifiant d'une ancienneté de services d'au moins six mois continus. La doctrine a très tôt identifié les problèmes d'interprétation de cette notion d'ancienneté de services continus.

Le professeur Camerlynck avait vu dans cette condition d'ancienneté une condition de durée du lien contractuel : « Il appartiendra aux tribunaux d'interpréter la notion de "continuité des services" ; ils s'attacheront vraisemblablement plus à la continuité juridique de la situation contractuelle qu'à la présence physique du travailleur dans l'entreprise, en s'inspirant en particulier de l'interprétation bienveillante admise pour le calcul de l'indemnité de licenciement ou des congés payés » (9).

Les professeurs Lapp et Apprill faisaient une toute autre analyse : « La difficulté consiste à savoir ce qu'il faut entendre par « ancienneté de service d'au moins six mois continus ». En effet, l'interprétation littérale du texte ne permet pas de trouver une solution, car le terme « service » peut s'entendre aussi bien au sens matériel qu'au sens juridique. Dans le premier cas, les « services » supposent la présence effective du salarié. La continuité serait dans ce cas exclusive de l'interruption du travail pendant les journées normales de travail. Dans le deuxième cas, le mot « services » vise les relations juridiques, et ce sont celles-ci qui doivent être continues. Or si cette continuité est exclusive de l'interruption (au sens juridique de ce terme), elle n'est pas exclusive de la suspension. La durée d'ancienneté sera donc considérée comme continue, même si le contrat de travail a été suspendu, mais nous estimons que la suspension du contrat de travail devrait entraîner une prorogation, pour une durée identique, de la période de six mois » (10).

Pour ces auteurs, une interruption du travail effectif à la suite de la suspension du contrat de travail n'interrompt pas la continuité de l'ancienneté, et l'ancienneté déjà acquise est conservée tant que le contrat n'est pas rompu. Toutefois, il n'y a pas accumulation de l'ancienneté pendant cette période.

Cette dernière interprétation sera retenue par la Cour de cassation dans un arrêt du 9 octobre 1963. En l'espèce, un salarié, embauché le 15 mars 1961, ayant dû arrêter son travail pour raisons médicales le 17 mars suivant pour ne le reprendre que le 14 septembre 1961, est licen-

cié le 10 octobre 1961. La Cour de cassation estime que ne remplis pas les conditions d'ancienneté pour avoir droit à une indemnité compensatrice de préavis (11).

Le régime d'attribution des congés payés, fondé sur une condition de travail effectif pendant l'année de référence, aurait inspiré cette interprétation jurisprudentielle de la condition d'ancienneté de services continus en matière de préavis (12). La loi du 20 juin 1936 avait initialement soumis le régime des congés payés à une condition de services continus, condition dont l'interprétation était précisée dans un décret du 1<sup>er</sup> août 1936 comme étant « la période pendant laquelle le travailleur est à son employeur par un contrat de travail, même si l'exécution de celui-ci a été interrompue sans qu'il y ait résiliation du contrat. » (13) La loi du 31 juillet 1942 avait remplacé la condition de service continu par une condition de travail effectif pendant l'année de référence (14). Or la Cour de cassation semble avoir procédé, dans l'interprétation de la condition d'ancienneté de services continus en matière de préavis, par analogie avec cette nouvelle conception du travail effectif, même si la loi du 19 février 1958 ne faisait nulle part allusion à une condition de service effectif, « de sorte que, si on voulait raisonner par analogie, ce serait plutôt par rapport au décret du 1<sup>er</sup> août 1936 qu'il faudrait le faire » (15).

La notion d'ancienneté de travail effectif fa aujourd'hui l'objet d'une reconnaissance législative par l'article L. 122-10 et son champ d'application a été étendu par voie d'interprétation de conditions d'ancienneté légales ou conventionnelles qui ne sont pas visées par l'article L. 122-10.

La durée du délai-congé est soumise, en vertu de l'article L. 122-6, à une condition d'ancienneté de services continus » (16). Le salarié lié par un contrat de travail d'une durée indéterminée a par ailleurs droit, s'il est licencié sans faute grave « alors qu'il compte deux ans d'ancienneté ininterrompue au service du même employeur » (17), à une indemnité de licenciement. Ces conditions d'ancienneté sont expressément assimilées à une condition d'ancienneté de travail effectif par l'article L. 122-10 du Code du travail, qui prévoit que « les circonstances qui (...) entraînent la suspension du contrat de travail ne sont pas regardées comme interrompant l'ancienneté du salarié. Toutefois, la période de suspension n'entre pas en compte dans la durée d'ancienneté exigée... » (18) La durée d'un stage de formation doit être prise en compte dans l'ancienneté pour déterminer le droit du salarié de recevoir l'indemnité légale de licenciement au sens de l'article L. 122-9 (19), mais les périodes d'absences (20) ne sont pas comprises dans le calcul de l'ancienneté du salarié sauf dispositio-

(9) G.H. CAMERLYNCK, « La réforme du délai-congé » D. 1958. Chron. 59.

(10) C. LAPP et J.-P. APPRILL, « La modification de l'article 23, Livre 1<sup>er</sup>, du Code du travail par la loi du 19 février 1958 », JCP 1958, II. 1438.2.

(11) Soc. 9 octobre 1963, D.S. 1964.103 ; JCP 1963, II. 13424 (note G. H. CAMERLYNCK) ; D. 1964. J. 266.

(12) G. POULAIN, *loc. cit.*, note 2, 226.

(13) L'article 4 du décret du 1<sup>er</sup> août 1936 est rapporté par C. LAPP et J.-P. APPRILL, *loc. cit.*, note 10.

(14) C. LAPP et J.-P. APPRILL, *loc. cit.*, note 10.

(15) *Id.*

(16) C.T., art. L. 122-6.

(17) C.T., art. L. 122-9.

(18) C.T., art. L. 122-10.

(19) Soc. 16 juillet 1987, *Jur. Soc.* 1987. N.B. 120, JCP 1987. IV 333.

(20) Soc. 18 juin 1973, *Bull. V.* 422.380 ; Soc. 19 juin 1977, *Jur. Soc. UMM* 1977.379.382 (2<sup>e</sup> esp.) ; Soc. 27 novembre 1986 D. 1987. I.R. 2 ; Soc. 19 juin 1987, D. 1987. I.R. 166 ; *Bull. V.* 401.264.

conventionnelle plus favorable (21). La Cour de cassation a toutefois décidé que la durée du congé annuel payé devait être prise en compte dans le calcul de l'ancienneté, l'assimilant en quelque sorte à une cause de suspension périodique et non à une cause de suspension accidentelle du contrat de travail (22). Elle a toutefois retenu une solution inverse, assimilant les congés annuels aux autres causes d'absence, dans l'interprétation d'une clause de convention collective qui fondait le préavis que devait donner un salarié en cas de démission sur une condition de présence dans l'entreprise (23).

Le texte de l'article L. 122-10 définit une notion stricte d'ancienneté, mais « limite son propre champ d'application à certains avantages déterminés » (24) : la durée du préavis et l'ouverture du droit à l'indemnité de licenciement. Toutefois, cette conception restrictive de l'ancienneté semble inspirer l'interprétation jurisprudentielle de conditions d'ancienneté qui ne sont pas visées par le texte de l'article L. 122-10 en matière d'interprétation des conditions d'éligibilité des représentants du personnel. Amorcée à propos de l'éligibilité des travailleurs déplacés (25), cette interprétation s'est imposée en matière d'éligibilité, et parfois même d'électorat, dans des circonstances de fait où il y avait suspension du contrat de travail, même si des arrêts récents semblent revenir à une conception plus souple de la notion d'ancienneté (26). De même la succession de contrats à durée déterminée n'interrompt pas l'ancienneté nécessaire pour être éligible dans la mesure où le salarié travaille effectivement dans l'entreprise depuis une année (27). Il s'agit d'une condition d'ancienneté de travail effectif et non d'une condition de quantité de travail effectif appréciée pendant une période de référence ; le salarié dont le contrat est suspendu conserve l'ancienneté qu'il avait déjà acquise (28).

Cette conception restrictive de l'ancienneté intervient aussi en matière de détermination du montant de l'indemnité de licenciement. En vertu de l'article R. 122-1, le calcul du montant de l'indemnité de licenciement est soumis à une condition d'« années de service dans l'entreprise » (29). La doctrine avait écrit que cette condition

devait être interprétée au sens d'une ancienneté du lien contractuel, c'est-à-dire que les périodes de suspension du contrat de travail devaient être prises en compte dans le calcul de l'indemnité de licenciement (30). La chambre sociale avait ainsi établi, dans un arrêt du 5 mars 1969 (31) « une solution inverse de celle donnée lorsqu'il s'agit de la condition d'ouverture des droits » (32). Il s'agissait d'une indemnité conventionnelle de licenciement et la Cour de cassation avait reproché aux juges du fond de n'avoir pas justifié légalement leur décision, en refusant « d'inclure dans le calcul de l'ancienneté de ce salarié la période effective de suspension de son contrat pour maladie sans s'expliquer sur les dispositions de la convention collective relative aux conditions d'attribution de l'indemnité de licenciement » (33).

Cette tendance n'a toutefois pas été confirmée. En matière de détermination du montant de l'indemnité légale de licenciement, comme en matière de préavis ou d'ouverture du droit à l'indemnité de licenciement, la Cour de cassation considère une ancienneté de travail effectif : « L'indemnité de licenciement apparaît d'abord comme un avantage lié à l'ancienneté et donc comme une récompense de la fidélité du travailleur, qui est profitable à l'entreprise. Cela explique que son montant, au lieu d'être fonction du préjudice causé par la rupture du contrat, soit lié à la durée des services fournis. Lorsque les services n'ont pas été effectivement fournis, par suite d'une suspension du contrat de travail, les périodes de suspension, sauf clauses conventionnelles plus favorables, n'entrent pas en compte dans le calcul de l'ancienneté » (34).

En l'absence de dispositions plus favorables, les juges refusent de prendre en compte dans le calcul de l'ancienneté les périodes de maladie (35) ou de service militaire (36). Toutefois, l'ancienneté doit être appréciée à la date de la fin du contrat, c'est-à-dire celle de l'expiration normale du préavis, même s'il y a eu une dispense d'exécution (37). Il y a lieu de tenir compte, au prorata (38), des années incomplètes d'ancienneté et de considérer dans le calcul de l'ancienneté des années que le salarié a consacrées à des fonctions syndicales pour lesquelles il

(21) Soc. 23 octobre 1985, *JCP* 1986. IV. 12.

(22) Soc. 6 novembre 1969, *D.S.* 1970. 174-175, note J. SAVATIER.

(23) Soc. 18 janvier 1989, *Bull.* V. 36.21.

(24) J.-M. BÉRAUD, *op. cit.*, note 2, p. 257.

(25) Voir entre autres : A.P. 18 décembre 1981, *D.* 1982. J. 237, concl. M. CABANNES.

(26) Soc. 18 janvier 1978, *Jur. Soc.* 1978. F. 24 ; *Jur. Soc. UIMM* 1978.382.67 ; Soc. 23 octobre 1979, *Jur. Soc.* 1980. S.J. 9 ; Soc. 8 mai 1980, *Jur. Soc. UIMM* 1980.409.287 ; Soc. 2 avril 1981, *Bull.* V. 323.243 ; Soc. 14 janvier 1982, *D.* 1983. IR 166, obs. J. FROSSARD ; Soc. 26 septembre 1984, *Bull.* V. 337.255 ; Soc. 27 février 1985, *Jur. Soc.* 1985. S.J. 154 ; Soc. 18 mars 1985, *Jur. Soc.* 1985. S.J. 152 ; Soc. 17 mars 1988, *Bull.* V. 169.123. Contra : Soc. 15 novembre 1988, précité, note 8 ; H. MARIE, *loc. cit.*, note 8, 144 ; Soc. 12 décembre 1990, précité, note 8, Soc. 15 mai 1991, précité, note 8. G. LYON-CAEN et J. PELISSIER écrivent que « l'éligibilité des salariés dont le contrat est suspendu est devenue incertaine » (G. LYON-CAEN et J. PELISSIER, *op. cit.*, note 8, n° 672, p. 774).

(27) Soc. 23 mars 1982, *Jur. Soc.* 1982. S.J. 70 ; *Jur. Soc. UIMM* 1982.430.236.

(28) Soc. 30 avril 1987, *Bull.* V. 247.159. Dans le même sens, pour un salarié réintégré après une loi d'amnistie : Soc. 9 novembre 1982, *D.* 1982. IR 68 ; Soc. 9 juin 1983, *Bull.* V. 322.228.

(29) C.T., art. R. 122-1.

(30) G. POULAIN, *loc. cit.*, note 2, 229 ; J.-M. BÉRAUD, *op. cit.*, note 2, p. 259.

(31) Soc. 5 mars 1969, *Bull.* V. 157. 132.

(32) G. POULAIN, *loc. cit.*, note 2, 229.

(33) Soc. 5 mars 1969, précité, note 31.

(34) J. SAVATIER, « Réflexions sur les indemnités de licenciement », *D.S.* 1989. 125, 126.

(35) Soc. 19 juin 1987, *D.1987. IR 166 ; JCP* 1987. IV. 293 ; *Bull.* V. 401.254.

(36) Soc. 27 novembre 1986, *D.* 1987. IR 2 ; *JCP* 1987. IV. 42.

(37) Soc. 5 mars 1969, précité, note 31 ; Soc. 6 nov. 1968, *Bull.* V. 481.139 ; Soc. 18 juin 1970, *Bull.* V. 424. 343 ; Soc. 4 avril 1991, *Bull.* B. 169. 106.

(38) Soc. 21 mars 1972, *Bull.* B. 235.215 ; Soc. 8 janvier 1987, *Jur. Soc.* 1987. S.J. 28.

avait été détaché (39). La jurisprudence fait bien ressortir l'objet de l'indemnité de licenciement ; il s'agit d'une indemnité fondée sur l'ancienneté, même interprétée restrictivement, et non sur une quantité de travail effectif, puisque le montant de l'indemnité n'est pas réduit au prorata de l'horaire de travail du salarié (40).

b) Cette interprétation des conditions légales et conventionnelles d'ancienneté, maintenant bien établie et constante, a des conséquences importantes sur les droits du salarié et elle est à ce titre critiquée par certains auteurs (41). Le législateur a tenté d'atténuer les effets de certaines absences du salarié sur son ancienneté de travail effectif par des voies qui nous paraissent toutes manquer de cohérence.

Certaines formules ont pour objet d'assimiler une période d'absence à une « période » (42) ou à une « durée » (43) de travail effectif, « pour le calcul des droits du salarié » (44), pour la détermination de tous les droits que le salarié tient de (ou du fait de) son ancienneté dans l'entreprise » (45), ou pour « l'ensemble des autres droits résultant pour l'intéressé de son contrat » (46). Il est alors difficile de savoir si l'assimilation à un travail effectif vise l'ancienneté de travail effectif ou la durée de travail effectif appréciée à l'intérieur d'une période de référence, et quels sont les droits et avantages qui donnent lieu à une telle assimilation (47). Certaines dispositions précisent toutefois, en sus de ces formules très générales, certains avantages où doit se faire cette assimilation : la durée des congés payés (48) et le droit aux prestations d'assurances sociales et aux prestations familiales (49).

D'autres dispositions assimilent plus généralement la période d'absence à une période de suspension du contrat de travail mais en spécifiant, dans une rédaction inverse à celle de l'article L. 122-10, que la période de suspension doit être prise en compte dans le calcul de l'ancienneté. L'ancienneté est alors conservée et continue de s'accumuler malgré l'absence de travail effectif. Cette intention ressort clairement du texte de l'article L. 122-32-1 qui protège l'accumulation de l'ancienneté, sans limite de durée, pendant l'absence d'un salarié victime d'un accident de travail (50). Même si la Cour de cassation a déjà déterminé que ce texte n'avait pas pour effet d'assimiler la période d'absence à une période

de travail effectif en matière de congés payés (51), on peut penser que l'objet de ce texte est de protéger l'accumulation de l'ancienneté de travail effectif d'un salarié absent pour cause d'accident de travail. Une autre interprétation enlèverait à l'article L. 122-32-1 toute son utilité puisque l'ancienneté du lien contractuel n'a nul besoin de ce genre de disposition pour continuer de s'accumuler pendant l'absence d'un salarié. Cette interprétation est confirmée par un arrêt de la Cour de cassation qui évoque la protection de l'article L. 132-32-1 pour justifier la prise en compte de la période de suspension du contrat pour cause d'accident de travail dans l'ancienneté considérée pour déterminer une indemnité de licenciement (52).

#### B — LA NOTION OBJECTIVE D'ANCIENNETÉ ET LES NOUVELLES CARACTÉRISTIQUES DU MARCHÉ DE L'EMPLOI

Le marché de l'emploi se caractérise actuellement par des transformations importantes en Europe : mobilité accrue de la main-d'œuvre au plan géographique et professionnel, restructurations d'entreprise. Ces transformations risquent d'affecter la stabilité du rapport contractuel et l'ancienneté qui en est en quelque sorte l'unité de mesure. Si la notion contractuelle d'ancienneté joue d'une certaine faculté d'adaptation à cette mouvance du marché de l'emploi (1), il existe toutefois, en droit français, une notion objective d'ancienneté, professionnelle plutôt que contractuelle, mieux adaptée à ce marché de l'emploi en mutation (2).

1. L'ancienneté contractuelle survit à une modification du cadre d'exécution du service lorsque ces modifications n'interrompent pas le lien contractuel entre l'employeur et le salarié. C'est pourquoi un salarié, amené à exécuter une partie de son contrat de travail à l'étranger, se voit reconnaître toute sa durée de service lorsqu'il réclame, à son retour en France, un avantage fondé sur une condition d'ancienneté (53). L'ancienneté contractuelle résiste aussi assez bien aux relations triangulaires de travail imposées à la suite d'un transfert d'entreprise (54) ou d'un transfert de salariés amenés à travailler pour plus d'un employeur. Dans ce dernier cas, des dispositions législatives sur le travail temporaire (55), la mise à disposition internationale (56) ou le groupement

(39) Soc. 26 février 1986, *JCP* 1986. IV. 127.

(40) Soc. 6 mars 1990, *Bull.* V. 93. 56.

(41) J.-M. BÉRAUD, *op. cit.*, note 2, p. 259 ; G. POULAIN, *loc. cit.*, note 2, 230 ; Guy RAYMOND, *loc. cit.*, note 2, 174.

(42) « Période de travail effectif » : C.T., art. L. 122-24-1 ; art. L. 122-26-2 ; art. L. 212-5-1 ; art. L. 223-4 ; art. L. 225-2 ; « période de travail » : C.T., art. L. 931-7 ; art. L. 931-23.

(43) C.T., art. L. 451-2 ; art. L. 514-1.

(44) C.T., art. L. 212-5-1, al. 3.

(45) C.T., art. L. 122-26-2 ; art. L. 931-7 ; art. L. 931-23 ; art. L. 514-1 ; art. L. 122-24-1.

(46) C.T., art. L. 225-2 ; art. L. 451-2.

(47) Soc. 11 avril 1991, *Bull.* V. 185. 114 ; C.A. Paris, 19 mars 1987, *D.* 1987. IR 95 ; Soc. 10 avril 1986, *Jur. Soc.* 1986. S. J. 114 ; Soc. 31 janvier 1983, *Jur. Soc.* 1983. F. 28 ; *Jur. Soc. UIMM* 1983.445.387.

(48) C.T., art. L. 122-24-1, L. 223-4, L. 225-2, L. 451-2, L. 514-1 L. 931-7, L. 931-23.

(49) C.T., art. L. 451-2, L. 514-1.

(50) C.T., art. L. 122-32-1.

(51) Soc. 3 mars 1988, *Jur. Soc. UIMM* 1988. 530.225.

(52) Soc. 10 novembre 1988, CSBP 1988. S. 49 ; Soc. 12 décembre 1990, *Bull.* V. 650.392 ; *D.* 1991. IR. 14.

(53) Soc. 23 juin 1960, *Bull.* IV. 678. 525 ; Soc. 24 novembre 1976, *Bull.* V. 620.503. Contra : Soc. 22 février 1973, *Bull.* V. 98. 89.

(54) C.T., art. L. 122-12, 2° al. ; H. SINAY, « Stabilité de l'emploi et transfert d'entreprise », *JCP* 1961. I. 1647.

(55) C.T., art. L. 124-6, L. 124-7 et L. 124-15.

(56) C.T., art. L. 122-14-8.

d'employeurs (57) et une jurisprudence innovatrice sur le rattachement du contrat de travail à un groupe de sociétés juridiquement distinctes (58), permettent la continuation du contrat de travail et de l'ancienneté qui y est rattachée.

L'ancienneté requise en matière d'institutions représentatives du personnel est toutefois affectée par le détachement du salarié. En règle générale, un salarié détaché perd ses droits d'ancienneté en matière d'éligibilité dans l'entreprise d'origine même si son détachement constitue une modalité d'exécution de son contrat de travail (59). Le salarié détaché acquiert des droits liés à l'ancienneté dans l'entreprise d'accueil même s'il n'existe aucun lien contractuel le liant à cet employeur (60). La modification de l'appartenance du salarié à la collectivité de travail représentée par les institutions représentatives du personnel a une incidence sur l'appréciation de son ancienneté, indépendamment de l'existence ou de l'exécution d'un contrat de travail.

2. L'ancienneté peut aussi survivre à la mobilité du salarié si son cadre de calcul est élargi. Une notion d'ancienneté, tout à fait détachée du contrat de travail, existe en France pour l'attribution de la médaille du travail (a) et de certains congés spéciaux (b).

a) La médaille d'honneur au travail est une décoration remise aux salariés ayant travaillé un certain temps sur le territoire français et ayant fait preuve d'initiatives exceptionnelles dans l'exercice de leur travail. Instituée en 1948, la réglementation relative aux médailles d'honneur au travail a été modifiée en 1984 (61), puis en

1986 (62). L'attribution des médailles repose sur une condition d'ancienneté qui est une véritable condition d'ancienneté professionnelle. L'ancienneté doit avoir été acquise chez quatre employeurs au maximum (63) ou chez un nombre d'employeurs plus élevé, « lorsque ceux-ci appartiennent à une branche professionnelle dont la structure peut faire obstacle à la stabilité de l'emploi » (64). Sont considérés, à l'article 7 du décret, comme étant rendus chez un seul employeur les services effectués dans les établissements distincts d'une même entreprise ou dans des entreprises juridiquement distinctes constituant une unité économique et sociale, les services effectués pour le compte de plusieurs entreprises lorsqu'un licenciement pour motif économique a obligé un salarié à changer d'employeur, lorsqu'il y a eu transfert d'entreprise au sens de l'article L. 122-12, lors d'un travail effectué dans plusieurs filiales d'une même société, lors d'un changement d'entreprise rendu nécessaire par la mutation du conjoint et lorsqu'à la suite d'un congé parental d'éducation, d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, le salarié a dû changer d'employeur.

b) La loi du 3 janvier 1984 a introduit dans le *Codex du travail* des congés pour la création d'entreprise et des congés sabbatiques, congés non rémunérés, en le soumettant à une condition d'ancienneté dans l'entreprise prise qui est très largement définie. Le congé pour création d'entreprise « est ouvert au salarié qui, à la date de son départ en congé, justifie d'une ancienneté dans l'entreprise d'au moins trente-six mois, consécutifs ou non. » (65) Le congé sabbatique est soumis à une condition d'ancienneté formulée de façon identique à laquelle

(57) C.T., art. L. 127-1 et suiv.; P. FIESCHI-VIVET, « Les groupements d'employeurs », *D.* 1986. Chron. 120. Même si, contrairement à l'article L. 122-14-8, aucune disposition ne vise directement le calcul de l'ancienneté, celle-ci continuera de s'accumuler pour le salarié travaillant pour plusieurs employeurs du groupement, puisque le contrat de travail est conclu par le groupement (C.T., art. L. 127-2).

(58) La jurisprudence rattache la continuation du contrat de travail à la notion de groupe d'entreprises, celui-ci étant identifié par des critères de cohésion économique: Soc. 24 mars 1969 et Soc. 13 mai 1969, *D.S.* 1969. 513, obs. J. SAVATIER; Soc. 17 février 1982, *Jur. Soc.* 1982. F. 31; Soc. 7 janvier 1985, *Jur. Soc.* 1985. S.J. 111; Soc. 16 juin 1988, *CSBP* 1988. A. 20.

(59) Le salarié détaché perd ses droits dans l'établissement d'origine en matière d'éligibilité au mandat de délégué du personnel (Soc. 15 octobre 1987, *Jur. Soc.* *UIMM* 1988. 500.99; Soc. 2 juillet 1985, *Jur. Soc.* 1985. S.J. 263; *Jur. Soc.* *UIMM* 1986. 471.103; Soc. 4 février 1987, *RPDS* 1987. 257; Soc. 21 janvier 1988, *RPDS* 1988. 114; contra: Soc. 3 décembre 1987, *RPDS* 1988. 114 et 123) ou de membre du comité d'entreprise (AP 18 décembre 1981, précité, note 25; Soc. 18 octobre 1983, *Jur. Soc.* 1984. F. 16), sans en faire l'acquisition dans l'établissement de détachement (Soc. 16 juin 1983, *Jur. Soc.* 1983. S.J. 184), sauf pour l'éligibilité aux fonctions de délégué du personnel dans l'entreprise de détachement, que des arrêts récents semblent finalement reconnaître (Soc. 24 avril 1989, *CSBP* 1989. B. 30; A.P. 6 juillet 1990, *Bull.* 10.19 (2 arrêts). Le détachement du salarié n'affecte pas sa désignation à titre de délégué syndical (Soc. 9 janvier 1985, *Jur. Soc.* 1985. S.J. 117; Soc. 14 février 1980, *Jur. Soc.* 1980. S.J. 52).

(60) En matière d'électorat, pour les élections des délégués du personnel, le salarié détaché conserve ses droits dans l'entreprise d'origine s'il demeure sous la subordination de celle-ci, malgré un détachement dans une autre (Soc. 3 juillet 1980, *Jur. Soc.* *UIMM* 1980. 413.465) et les acquiert dans l'entreprise de détachement (A.P. 29 février 1980, *Jur. Soc.* *UIMM*

1980. 407. 194; Soc. 18 janvier 1978, *Jur. Soc.* *UIMM* 1978.388.302; Soc. 12 mars 1981, *Jur. Soc.* *UIMM* 1981.422.397; Soc. 7 juillet 1983, *Jur. Soc.* *UIMM* 1984.448.71; Soc. 3 juillet 1984, *Jur. Soc.* *UIMM* 1985.459.61; A.P. 6 juillet 1990, précité, note 59). Toutefois, en matière d'électorat pour les élections des membres du comité d'entreprise, le salarié conserve ses droits dans l'entreprise d'origine (Soc. 27 novembre 1980, *Jur. Soc.* *UIMM* 1980. J. 76, note J. PÉLISSIER) mais ne les acquiert pas, règle générale, dans l'entreprise de détachement (Soc. 2 mai 1978, *Jur. Soc.* *UIMM* 1978.388.303; Soc. 18 avril 1980, *Jur. Soc.* 1980. S.J. 91; Soc. 12 mai 1981, *Jur. Soc.* 1981. F. 48), sauf lorsque les salariés détachés bénéficient, par les dispositions de la convention collective, des œuvres sociales gérées par le comité d'établissement de l'entreprise d'accueil (Soc. 18 mars 1982, *Jur. Soc.* 1982. S.J. 71; Soc. 16 juin 1983, précité, note 59; Soc. 4 novembre 1981, *Jur. Soc.* 1982. F. 3).

(61) Le décret n° 84-591 du 4 juillet 1984 relatif à la médaille d'honneur du travail a diminué les conditions d'ancienneté exigées afin de tenir compte des incidences de l'abaissement de l'âge de la retraite. La médaille d'argent est accordée après vingt ans de service, la médaille de vermeil après trente ans de service, la médaille d'or après trente-huit ans de service. La grande médaille d'or après quarante-trois ans de service. Voir sur le régime de la médaille du travail: C. AHUMADA, « La médaille d'honneur du travail », *RPDS* 1984. 475.32.

(62) Décret n° 86-401 du 12 mars 1986 modifiant les articles 1 et 16 du décret n° 84-591 du 4 juillet 1984 relatif à la médaille d'honneur du travail.

(63) Décret n° 84-591 du 4 juillet 1984 à la médaille d'honneur du travail, art. 1 a).

(64) Décret n° 84-591 du 4 juillet 1984 relatif à la médaille d'honneur du travail, art. 1 b).

(65) C.T., art. L. 122-32-13.

s'ajoute une exigence de « six années d'activité professionnelle. » (66) L'article L. 122-32-28 précise que, pour l'appréciation de ces conditions d'ancienneté, « est prise en compte au titre de l'ancienneté dans l'entreprise, l'ancienneté acquise dans toute autre entreprise du même groupe au sens de l'article L. 439-1 du présent Code » (67). Ce texte assimile l'ancienneté acquise dans plusieurs sociétés appartenant à un même groupe à une ancienneté d'entreprise sans rendre nécessaire la continuation du contrat de travail.

La loi du 31 décembre 1991 relative à la formation professionnelle et à l'emploi a modifié les conditions d'ancienneté requises en matière de congé de formation. Le droit au congé de formation, congé rémunéré, est ouvert aux travailleurs justifiant « d'une ancienneté en qualité de salarié, d'au moins vingt-quatre mois consécutifs ou non, quelle qu'ait été la nature des contrats de travail successifs, dont douze mois dans l'entreprise » (68). Auparavant, les salariés devaient justifier « d'une ancienneté dans la branche professionnelle d'au moins trente-six mois, consécutifs ou non, dont six dans l'entreprise. » (69) La loi du 31 décembre 1991 relative à la formation professionnelle et à l'emploi a de plus créé un nouveau congé, le congé de bilan de compétences, aussi assujéti à une double condition d'ancienneté en qualité de salarié et d'ancienneté dans l'entreprise (70).

Le législateur a formulé l'exigence d'ancienneté requise par ces textes en mois ou années *consécutifs* ou *non*. On peut penser que le législateur a voulu se dégager de l'exigence de continuité requise en matière de préavis, fondé sur une « ancienneté de services continus » (71), ou de la condition d'ancienneté qui détermine le droit à l'indemnité de licenciement, fondé sur une « ancienneté ininterrompue au service du même employeur » (72). L'ancienneté requise par ces textes sera conservée si le salarié doit suspendre l'exécution de son travail, et ce, sans qu'il soit besoin de se référer à l'article L. 122-10 qui protège la conservation de l'ancienneté lors de la suspension du contrat. La référence à une ancienneté accumulée en mois consécutifs ou non a, nous semble-t-il, le même effet que l'article L. 122-10, c'est-à-dire de maintenir l'ancienneté accumulée par un salarié dont la prestation de travail est discontinuée.

La véritable nouveauté de ces textes se trouve dans la référence à des cadres de calcul de l'ancienneté plus larges que l'employeur ou l'entreprise. L'ancienneté n'est pas perdue avec la fin d'un contrat de travail avec un employeur. Il n'est pas nécessaire, pour en assurer la conservation, qu'il y ait continuation du contrat de tra-

vail. L'ancienneté sera conservée par un salarié qui exécute un travail pour plusieurs employeurs d'une même branche professionnelle, d'un même groupe ou dans une même activité professionnelle, ou du simple fait qu'un travailleur conserve, malgré des contrats de travail distincts, sa qualité de salarié. L'ancienneté est conservée même si ces périodes de travail sont assujétiées à des contrats de travail différents, et même si ces contrats sont interrompus par des périodes d'inactivité.

## II. — L'ANCIENNETÉ, UN CRITÈRE SUBJECTIF D'APPRÉCIATION

L'ancienneté, valeur sociale consacrée par les usages, intégrée par les parties dans les contrats de travail et les conventions collectives et par l'État dans la législation du travail, se manifeste enfin en droit par des mécanismes qui ont instauré un contrôle judiciaire des droits exercés par l'employeur. L'ancienneté est alors un critère d'appréciation utilisé par le juge dans l'exercice de son pouvoir de contrôle.

L'ancienneté ainsi utilisée ne pose pas de problème eu égard à sa notion. Les juges qui l'utilisent ne s'attendent pas à la définir ; ils se réfèrent manifestement au critère d'usage. Ils souligneront la grande ancienneté du salarié, sa longue durée de bons et loyaux services ou encore mentionneront la date d'embauche du salarié. La notion d'ancienneté qui est ici utilisée est institutionnelle plutôt que contractuelle ; elle mesure une durée d'appartenance du salarié à l'entreprise sans jamais tenir compte des vicissitudes qui auraient pu caractériser l'exécution de sa prestation de travail.

Cette conception institutionnelle subjective de l'ancienneté est méconnue mais importante pour comprendre la portée de cette notion en droit du travail. Cette forme d'ancienneté ne se manifeste pas dans des litiges posant *directement* des problèmes liés à son calcul (73). L'ancienneté dans ces situations n'est jamais le problème de droit directement posé. Ce qui ne l'empêche pas d'avoir une incidence non négligeable sur l'issue du litige parce que les juges, dans l'exercice de leur pouvoir de contrôle, la considèrent pour imposer à l'employeur un comportement diligent à l'égard du salarié ancien.

L'aire d'influence de cette notion d'ancienneté du salarié se manifeste surtout lorsque l'employeur exerce son pouvoir de sanctionner les salariés (A). Elle pourrait,

(66) Ce qui revient à une exigence d'ancienneté de l'activité professionnelle sans égard à l'employeur pour qui elle a été exercée. C.T., art. L. 122-32-18. Voir : J.-P. LÉROY, « Le congé sabbatique », *RPDS* 1985.480.121.

(67) C.T., art. L. 122-32-28. L'article L. 439-1 prévoit la formation d'un comité de groupe. Voir : D. PLANTAMP, « L'originalité du groupe de sociétés au sens de l'article L. 439-1 du Code du travail », *D.* 1991. Chron. 69.

(68) C.T., art. L. 931-2, 2<sup>e</sup> al., tel que modifié par la loi n° 91-1405 du 31 décembre 1991 relative à la formation professionnelle et à l'emploi, art. 21. Ces nouvelles conditions d'ancienneté s'inspirent de celles qui avaient été élaborées, dans la loi n° 90-613 du 12 juillet 1990 favorisant la stabilité de l'emploi par l'adaptation du régime des contrats précaires (art. 25), pour les salariés titulaires de contrats à durée déterminée : l'article L. 931-15 assujéti l'ouverture du droit au congé de formation pour ces salariés à une double condition d'ancienneté « en qualité de salarié » et d'ancienneté « sous contrat de travail à durée déterminée ».

(69) C.T. art. L. 931-2, dans sa rédaction antérieure à la loi du 31 décembre 1991. Voir aussi : « Le congé individuel de formation », *RPDS* 1988.520.265.

(70) Le nouvel article L. 931-21 a été créé par l'article 17 de la loi du 31 décembre 1991 relative à la formation professionnelle et à l'emploi.

(71) C.T., art. L. 122-6.

(72) C.T., art. L. 122-9.

(73) Nous n'avons pas utilisé de façon systématique les banques de données jurisprudentielles Lexis ou Juridial pour faire cette analyse. Nous avons plutôt effectué une recherche manuelle dans les revues de jurisprudence, recherche rendue difficile par le fait que l'ancienneté comme critère subjectif d'appréciation n'est pas identifiée parmi les caractéristiques principales d'un arrêt publié. Par ailleurs, notre propos se limite à suggérer l'existence d'un critère subjectif d'appréciation à l'intérieur du « droit jurisprudentiel », sans aborder la construction de ce droit et le rôle des acteurs, parties au litige, dans la construction de la règle.

à notre avis, intervenir lorsqu'il exerce ses pouvoirs de direction en matière économique (B) (74).

#### A — LE POUVOIR DISCIPLINAIRE DE L'EMPLOYEUR ET L'ANCIENNETÉ DU SALARIÉ

Le contrôle judiciaire des motifs de licenciement en matière disciplinaire, de la faute grave et des mesures disciplinaires autres que le licenciement est, en principe, de même nature ; il s'agit d'un contrôle de proportionnalité même si les pouvoirs du juge ne sont pas les mêmes. On aurait donc pu penser que l'ancienneté du salarié y a la même incidence, mais ce n'est pas le cas. L'ancienneté du salarié est l'un des critères pris en compte, du moins par les conseils de prud'hommes, pour apprécier la proportionnalité de la sanction autre que le licenciement à la faute commise par le salarié (1). Elle intervient aussi en matière d'appréciation de la faute grave (2), mais son incidence est plus limitée dans l'appréciation de la cause réelle et sérieuse de licenciement, même si l'abandon du contrôle de la qualification par la Cour de cassation pourrait être de nature à augmenter son influence (3).

#### 1. Les fautes légères et les sanctions disciplinaires autres que le licenciement

Avant 1982, et sauf détournement de pouvoir, la Cour de cassation affirmait de façon constante, en matière disciplinaire, la doctrine de l'employeur seul juge. La jurisprudence constante de la Cour de cassation rappelait que les juges du fond n'avaient pas le pouvoir de substituer leur appréciation à celle de l'employeur sur la gravité de la sanction et qu'ils devaient se limiter à contrôler la matérialité des faits ayant entraîné la sanction. L'ancienneté du salarié ne devait donc pas intervenir, malgré les tentatives des juges du fond, dans ce contrôle réduit (75). La loi du 4 août 1982 a modifié la législation sur le règlement intérieur et le droit disciplinaire, qui prévoit maintenant le pouvoir du juge d'annuler une sanction irrégulière, injustifiée ou disproportionnée par rapport à la faute commise.

Dans ce contrôle de proportionnalité, « les juges tiennent compte des circonstances, de l'ancienneté du salarié dans l'entreprise, de l'existence ou l'absence de fautes antérieures. » (76) Ainsi, la Cour de cassation approuve la Cour d'appel qui décide qu'est disproportionnée à la faute commise, des injures prononcées à un supérieur hiérarchique, une mise à pied de deux jours.

Les juges ont pris en compte les rapports habituels de travail, l'ancienneté du salarié et les relations anciennes du salarié avec son supérieur hiérarchique. Ils ont annulé la sanction infligée par l'employeur et l'ont condamné au paiement d'une indemnité compensatrice du salaire perdu pendant ces deux jours (77).

Le rôle important du critère d'ancienneté dans le contrôle de la proportionnalité de la sanction a pu être observé à travers le contentieux disciplinaire devant les juridictions prud'homales (78). L'ancienneté joue dans un sens favorable au salarié lorsque sa carrière s'est déroulée sans reproches. Elle joue à titre de circonstance aggravante lorsque sa durée de service est jalonnée par d'autres incidents en matière disciplinaire. D'une certaine façon, c'est davantage le contenu du dossier disciplinaire du salarié que son ancienneté qui intervient dans ces circonstances.

#### 2. La faute grave

En l'absence d'une définition législative de la faute grave, il revient à la Cour de cassation de vérifier si les faits souverainement constatés par les juges du fond constituent une faute grave. C'est dans le cadre de cette appréciation que l'ancienneté du salarié a joué et joue toujours un rôle non négligeable. L'appréciation « in concreto » qui caractérise la jurisprudence française de la faute grave favorise la prise en compte des circonstances dans lesquelles une faute est commise pour déterminer son degré de gravité. C'est pourquoi la Cour de cassation tient compte de l'ancienneté du travailleur pour apprécier la gravité de sa faute, même si certains types de faute paraissent échapper à cette appréciation.

Certains arrêts où l'ancienneté joue sans conteste à titre de « circonstance absolutoire » (79) portent sur un même type de faute — les erreurs dans l'exécution du travail ; ce sont des arrêts de rejet (80). Il est facile de justifier l'examen de l'ancienneté du salarié pour ce genre de fautes, la durée de service témoignant du fait que le salarié a toujours donné satisfaction à son employeur et que la faute qui lui est reprochée, si elle justifie le licenciement, ne présente pas le caractère de la faute grave.

La Cour de cassation a toutefois approuvé les juges du fond d'avoir considéré l'ancienneté pour atténuer la gravité d'autres types de fautes commises par un salarié : l'insubordination révélée par le refus d'exécuter les ordres de l'employeur, l'indiscipline ou les propos injurieux ou grossiers (81), les rixes et la violence (82), la participation

(74) Cette notion subjective d'ancienneté apparaît dans la jurisprudence des juges du fond dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle en matière de détermination de la durée du délai-congé (M. PLANIOL et G. RIPERT, « Traité pratique de droit civil français », 2<sup>e</sup> édition, Tome XI, 1954, n° 859, p. 104 ; G. VALLEE, *op. cit.*, note 1, pp. 409 et suiv.), de même que dans la jurisprudence portant sur l'appréciation du préjudice résultant de l'abus de droit en matière de résiliation unilatérale du contrat de travail (Voir : M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, note 74, n° 870, pp. 119-120 ; G. VALLEE, *op. cit.*, note 1, pp. 437 et suiv.).

(75) Soc. 20 juillet 1977, *Jur. Soc. UIMM* 1977.379.382.

(76) G. LYON-CAEN et J. PÉLISSIER, *op. cit.*, note 8, n° 382, p. 467.

(77) Soc. 12 février 1987, *Jur. Soc.* 1987. S.J. 61.

(78) F. VENNIN, « Le contentieux disciplinaire devant le conseil de prud'hommes », *CERCRID*, 1989, p. 71.

(79) A. BRUN, « La jurisprudence en droit du travail », *Sirey*, 1967, p. 327.

(80) Soc. 10 juin 1976, *D.S.* 1977.21 (note J. PÉLISSIER) ; Soc. 14 mars 1979, *Bull. V.* 236.169 ; Soc. 9 octobre 1980, *Bull. V.* 722.532 ; Soc. 20 janvier 1982, *Bull. V.* 30.22 ; Soc. 25 avril 1985, rapporté dans *Jur. Soc.* 1985. S.J. 191.

(81) Soc. 17 juillet 1982, *Jur. Soc. UIMM* 1982.435.444 ; *Bull. V.* 466.346 ; Soc. 22 juin 1983, *Jur. Soc.* 1983. S.J. 203 ; Soc. 20 mars 1985, *Jur. Soc.* 1985. S.J. 191 ; Soc. 11 décembre 1985, *D.S.* 1986.210 ; Soc. 28 avril 1986, *Jur. Soc.* 1986. N.B. 75 ; Soc. 22 mars 1990, *CSBP* 1990. B. 67.

(82) Soc. 13 juillet 1989, inédit ; *CSBP* 1989 ; Synthèse de jurisprudence, 183.

à une réunion illicite (83), le manquement à l'obligation de loyauté (84), le mensonge quant au motif d'une demande de congé (85), le vol (86) ou le détournement (87). La grande ancienneté d'un salarié, mais aussi l'absence de reproches antérieurs et le caractère isolé de la faute commise, sont pris en compte par la cour d'appel de Paris pour atténuer le vol commis par un salarié qui, s'il constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement, ne caractérise pas une faute grave (88).

Dans un arrêt de cassation rendu en 1987, la Cour de cassation semble admettre que l'examen des circonstances du manquement reproché au salarié peut intervenir dans la qualification de la faute grave et que les caractéristiques du salarié qui a commis la faute peuvent être prises en compte (89). La Cour de cassation estime que la faute commise par le salarié, dont la réalité n'est pas contestée, n'a pas le caractère de faute grave, eu égard aux circonstances dans lesquelles elle a été commise : les caractéristiques des rapports entre l'employeur et le salarié, la longue durée des relations entre les parties et la liberté dans leurs rapports.

Il ne fait aucun doute, à notre avis, qu'il existe en France un courant jurisprudentiel qui détermine la gravité de la faute en fonction des circonstances dans lesquelles elle a été commise et en rapport avec les caractéristiques du salarié qui l'a commise. L'ancienneté et l'absence de reproches antérieurs font partie des circonstances atténuantes les plus fréquemment évoquées. Ce courant coexiste toutefois avec un courant où l'ancienneté du salarié n'a aucune incidence.

Dans d'autres arrêts, en effet, la Cour de cassation considère, malgré leur grande ancienneté, que les gestes des salariés sont en soi constitutifs d'une faute grave (90). Un nombre important d'arrêts de rejet s'inscrit dans ce courant d'appréciation de la faute grave (91). Ces

arrêts indiquent que les juges du fond sont parfois insensibles à la grande ancienneté du salarié. Celle-ci, mentionnée dans les pourvois (92), n'est parfois pas relevée par la Cour de cassation. L'ancienneté d'un salarié peut même, exceptionnellement, être retenue à titre de circonstance aggravante (93).

Comment expliquer la coexistence de ces deux courants d'appréciation de la faute grave ? Il semble que seules les fautes reposant sur la mauvaise volonté du salarié ou les fautes pouvant faire l'objet d'une qualification pénale sont d'une gravité telle qu'elles ne peuvent être atténuées par l'ancienneté du salarié. Ce serait donc le degré de gravité objective de la faute, ou son caractère délibéré, qui déterminerait la possibilité de considérer des critères subjectifs d'atténuation (94).

### 3. La cause réelle et sérieuse de licenciement en matière disciplinaire

Il n'existe pas de définition légale ou jurisprudentielle de la notion de cause réelle et sérieuse de licenciement (95). Entre 1973 et 1985, la Cour de cassation exerce tout de même un contrôle de la qualification : « la jurisprudence de la Cour de cassation devient ainsi une jurisprudence de cas d'espèce, la Cour suprême se conduisant comme un troisième degré de juridiction ». (96)

C'est donc la doctrine qui a dû élaborer la nécessaire définition de la cause réelle et sérieuse (97). La cause réelle est une cause objective, existante et exacte (98). L'objectivité de la cause, attestée par l'absence de préjugés ou de convenances personnelles dans la décision de l'employeur, n'a pas toujours été exigée par la Cour de cassation, notamment dans la jurisprudence sur la perte de confiance (99). Une cause réelle est aussi une cause existante, qui doit reposer sur des faits dont l'exis-

- (83) Soc. 20 juillet 1989, inédit ; *CSBP* 1989. Synthèse de jurisprudence, 182-183.
- (84) Soc. 22 juillet 1986, *Jur. Soc.* 1986. N.B. 119.
- (85) Soc. 15 mars 1983, *Bull. V.* 157.111 ; *Jur. Soc.* 1983. S.J. 120.
- (86) Soc. 7 mars 1985, rapporté dans *Jur. Soc.* 1985. S.J. 191 (le salarié avait été relaxé au pénal).
- (87) Soc. 18 mai 1977, *D.* 1977 IR. 293.
- (88) C.A. Paris, 2 juin 1989, *CSBP* 1989. Synthèse de jurisprudence, 180.
- (89) Soc. 16 février 1987, *JCP* 1987. I. 16312 ; *Jur. Soc.* 1987. N.B. 41 ; *JCP* 1987. IV. 139 ; *D.S.* 1987.362. Voir : Jean SAVATIER, « L'appréciation du caractère réel et sérieux des motifs de licenciement doit-elle être contrôlée par la Cour de cassation ? », *D.S.* 1987.357.
- (90) Soc. 21 octobre 1987, *Bull. V.* 584.371 ; *Jur. Soc.* *UIMM* 1988.498.631 ; Soc. 15 juin 1983, *Jur. Soc.* 1983. S.J. 205 ; Soc. 14 mai 1987, *Bull. V.* 309.198 ; *Jur. Soc.* 1987. S.J. 154.
- (91) Soc. 22 juillet 1986, *Jur. Soc.* 1986. N.B. 107 ; Soc. 16 juin 1988, *Liaisons soc., Legis. soc.* n° 6123, p. 15 ; Soc. 22 novembre 1989, inédit ; Soc. 25 janvier 1990, inédit ; Soc. 4 avril 1990, inédit ; Soc. 5 avril 1990, *Bull. V.* 176.107.
- (92) Soc. 19 juin 1987, *Bull. V.* 336.251 ; Soc. 19 juillet 1988, *Bull. V.* 468.300 ; Soc. 24 octobre 1989, *Bull. V.* 611.369 ; Soc. 20 juin 1990, *Bull. V.* 307.183.
- (93) Soc. 9 avril 1986, *Bull. V.* 116.93 ; *Jur. Soc.* 1986. N.B. 53 ; *JCP* 1986. IV. 161 (rejet).
- (94) Sur la distinction entre la gravité objective et la gravité subjective d'une faute disciplinaire en droit disciplinaire québécois et canadien : C. D'Aoust, L. Leclerc et G. Trudeau, « Les mesures disciplinaires : étude jurisprudentielle et doctrinale », *Ecole de relations industrielles, université de Montréal, Monographie* 13, 1982, pp. 308 et suiv.
- (95) G. LYON-CAEN et J. PELISSIER, *op. cit.*, note 8, n° 296, p. 345.
- (96) J. SAVATIER, *loc. cit.*, note 89 ; « Le contrôle par la chambre sociale de la Cour de cassation du caractère réel et sérieux de la cause de licenciement », Table ronde organisée par le Parquet général de la Cour de cassation, le 17 janvier 1986, *D.S.* 1986.175 ; G. LYON-CAEN et J. PELISSIER, *op. cit.*, note 8, n° 295, pp. 345-346.
- (97) J. PELISSIER, « La réforme du licenciement », *Sirey*, 1974, pp. 90 et suiv. ; J. PELISSIER, « Le nouveau droit du licenciement », *Sirey*, 1980, pp. 175 et suiv. ; G. LYON-CAEN et J. PELISSIER, *op. cit.*, note 8, n° 297 et suiv. pp. 346 et suiv.
- (98) J. PELISSIER, *op. cit.*, (1974), note 97, pp. 91 et suiv. ; J. PELISSIER, *op. cit.*, (1980), note 97, pp. 175 et suiv. ; G. LYON-CAEN et J. PELISSIER, *op. cit.*, note 8, n° 298, pp. 347-348 ; J. PELISSIER, « Ambiguïtés et logique du contrôle de la Cour de cassation », *D.S.* 1986.175.184.
- (99) Voir toutefois : Soc. 29 novembre 1990, *Bull. V.* 597.539 ; *D.* 1991. J. 190 ; *D.S.* 1992.38 ; Soc. 9 janvier 1991, *D.S.* 1992.38 ; J. PELISSIER, « Licenciement et perte de confiance : un changement de cap », note sous Soc. 29 novembre 1990, *D.* 1991. J. 190 ; F. GAUDU, « Le licenciement pour perte de confiance », *D.S.* 1992.32.

tence est démontrée ; elle est une cause exacte si ces faits sont la cause véritable du licenciement. En matière disciplinaire, la cause du licenciement est sérieuse lorsqu'elle repose sur une « faute sérieuse » du salarié, par opposition à une faute légère et à une faute grave. La faute sérieuse est celle qui rend impossible la continuation du contrat de travail (100), mais qui n'est pas suffisamment grave pour exiger un licenciement immédiat.

Il est arrivé que l'ancienneté intervienne dans ce contrôle de la faute sérieuse du salarié (101). La plupart des arrêts atteste plutôt que l'ancienneté du salarié n'intervient pas dans l'appréciation de la cause sérieuse de licenciement (102). L'ancienneté du salarié, l'absence de reproches antérieurs, et plus généralement, les circonstances dans lesquelles le manquement qui lui est reproché a été commis ne sont pas, à part quelques exceptions, pris en compte dans la qualification de la cause réelle et sérieuse avant 1985. La raison en est simple : le juge n'a pas à substituer son appréciation à celle de l'employeur pour déterminer la cause réelle et sérieuse de licenciement. La Cour de cassation décide de façon constante que l'employeur est seul juge de la cause réelle et sérieuse, le juge du fond devant se limiter à vérifier que l'employeur n'a pas détourné son pouvoir de direction en congédiant sans cause. La jurisprudence de la Cour de cassation se caractérise « non plus (par) une absence de principes directeurs, mais au contraire, (par) l'orientation générale favorable aux pouvoirs du chef d'entreprise » (103). Si le chef d'entreprise décide de considérer l'ancienneté du salarié pour atténuer la faute qu'il a commise, libre à lui de le faire mais il n'appartient pas au juge de le lui imposer.

La Cour de cassation a abandonné après 1985 le contrôle de la qualification de la cause réelle et sérieuse pour « un simple contrôle de motivation : ne seront censurés que les juges qui n'auront fourni aucune explication à leur décision ou qui se seront contredits » (104). Dans ce contexte, la Cour de cassation doit contrôler comment les juges du fond « ont formé leur conviction » (105) et s'ils ont exercé le pouvoir qu'ils tiennent de l'article L. 122-14-3 du *Code du travail*, ce qui, selon le professeur Pellissier, pourrait amener un renversement complet de situation (106). Un tel changement pourrait favoriser l'émergence d'un critère subjectif d'ancienneté.

C'est ainsi en se référant aux pouvoirs conférés aux juges du fond par l'article L. 122-14-3 du *Code du travail* que la Cour de cassation rejette le pourvoi à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel qui avait estimé que ne relevait pas d'une cause réelle et sérieuse le vol d'un bouquet de fleurs par une salariée qui, en vingt-sept ans de service, n'avait jamais fait l'objet du moindre avertissement (107). Dans le même sens, la Cour de cas-

sation approuve une cour d'appel d'avoir jugé que l'erreur d'une caissière ayant 22 ans d'ancienneté, qui avait omis d'enregistrer la vente d'un jouet d'une valeur de 72 francs, ne constituait pas un motif réel et sérieux (108). La Cour de cassation confirme aussi un arrêt de la Cour d'appel qui avait décidé que le licenciement d'un salarié, absent trois jours sans justification, ne constituait pas une cause réelle et sérieuse, ayant relevé que des périodes d'arrêt pour maladie avaient précédé et suivi ces trois jours et que l'employeur n'avait fourni aucune précision sur l'effet de l'absence de ce salarié ancien sur la marche de l'entreprise (109). Dans le même sens, et avec la même formule, la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir considéré sans cause réelle et sérieuse le licenciement d'un salarié qui n'avait encouru aucun reproche de l'employeur pendant les trois ans passés à son service et qui avait attendu quelques jours avant d'informer l'employeur de son absence pour maladie (110).

Ces quelques arrêts prenant en considération l'ancienneté du salarié sont des arrêts de rejet : il faut attendre des arrêts de cassation pour connaître avec certitude l'étendue des pouvoirs des juges du fond. Si, conformément aux souhaits exprimés par la doctrine, le juge du fond se voit reconnaître le pouvoir de substituer son appréciation à celle de l'employeur, il devra alors élaborer des critères d'appréciation qui ne sont pas ceux de l'employeur. Il est fort probable que l'ancienneté du salarié, qui intervient déjà en matière de sanctions disciplinaires autres que le licenciement et de faute grave, sera prise en considération dans le contrôle de la proportionnalité du licenciement.

C'est le contrôle de la qualification de la faute grave et de la proportionnalité des sanctions disciplinaires qui se rapproche le plus des principes élaborés dans d'autres systèmes juridiques pour définir ce qu'est une juste cause ou une cause juste et suffisante de congédiement ou d'autres sanctions disciplinaires (111). Les conséquences de cette appréciation subjective sont toutefois différentes. En France, l'utilisation de critères subjectifs d'appréciation ne conduit pas à remettre en cause le droit de l'employeur de congédier le salarié pour une faute sérieuse, mais seulement le droit de le congédier sans indemnité ou le droit de sanctionner une faute légère.

## B — LE POUVOIR DE DIRECTION EN MATIÈRE ÉCONOMIQUE ET L'ANCIENNETÉ DU SALARIÉ

Les licenciements pour motif économique font l'objet d'un contrôle, à travers les exigences légales d'une cause réelle et sérieuse, auxquelles s'ajoutent des exigences procédurales propres à cette catégorie de licenciement. Lors-

(100) JO débats A.N. 30 mai 1978, p. 1699, col. 2, cité par G. LYON-CAEN et J. PELISSIER, *op. cit.*, note 8, n° 302, p. 351.

(101) Soc. 5 janvier 1978, *Jur. Soc. UIMM* 1978.388.295 ; Soc. 19 octobre 1983, *Bull.V.* 516.367 ; Soc. 7 juillet 1980, *Jur. Soc.* 1980. S.J. 161.

(102) Soc. 20 janvier 1982, précité, note 80 ; Soc. 5 juin 1985, *Jur. Soc.* S.J. 278.

(103) J. SAVATIER, *loc. cit.*, note 89, 358.

(104) G. LYON-CAEN et J. PELISSIER, *op. cit.*, note 8, n° 296 bis, p. 346 ; J. SAVATIER, *loc. cit.*, note 89, 359.

(105) J. SAVATIER, *loc. cit.*, note 89, 359.

(106) J. PELISSIER, *loc. cit.*, note 98, 184.

(107) Soc. 20 juillet 1989, *CSBP* 1989, S. 91.

(108) Soc. 19 juillet 1989, *CSBP* 1989, Synthèse de jurisprudence 181-182.

(109) Soc. 28 février 1990, *CSBP* 1990, S. 63.

(110) Soc. 9 avril 1987, *Jur. Soc.* 1987, S.J. 121.

(111) Voir, pour une analyse de ces doctrines en droit québécois et en droit canadien : C. D'AOUST, L. LECLERC et G. TRU DEAU, *op. cit.*, note 94, pp. 183 et suiv.

que le licenciement est collectif se posera le problème de l'ordre des licenciements et lorsque le licenciement pour motif économique est individuel se posera le problème du choix du salarié licencié et de la légalité des critères de ce choix. Ces aspects touchent directement le pouvoir de l'employeur d'organiser la collectivité de travail : l'employeur doit-il justifier pourquoi un salarié en particulier subira les conséquences d'une mesure indépendante de sa personne ?

Les juridictions responsables du contrôle des licenciements doivent, face à des motifs économiques, se limiter à vérifier la réalité du motif invoqué. En France, en matière de licenciement pour motif économique, individuel ou collectif, le contrôle des motifs n'a jamais porté sur les critères déterminant le choix du salarié licencié, même si les licenciements économiques ont été longtemps soumis à une autorisation administrative préalable (112). L'ancienneté, pourtant expressément visée dans la loi comme critère devant être pris en compte dans la détermination de l'ordre des licenciements, n'a eu qu'une faible incidence à cause de l'interprétation par la Cour de cassation, le Conseil d'État et le Tribunal des conflits, de l'intensité du contrôle de la réalité du motif économique (113). Cette jurisprudence repose sur un respect très strict des droits de la direction, élevés au rang de droits discrétionnaires, dont le pouvoir judiciaire n'a pas à contrôler l'exercice (114). Elle pouvait trouver une certaine justification dans le fait que la détermination de l'ordre des licenciements, avant 1989, et l'autorisation administrative de licencier en matière économique, jusqu'en 1986, s'inséraient dans une politique législative de contrôle global de l'emploi, plutôt que dans une politique législative visant à assurer, en matière économique, les justes motifs du licenciement d'un individu en particulier.

Les réformes de 1986 et de 1989 ont toutefois modifié profondément le contrôle des licenciements pour motifs économiques. Le contrôle du motif économique est depuis 1986 opéré par les juridictions de l'ordre judiciaire qui vérifient l'existence d'une cause réelle et sérieuse. Depuis 1989, l'article L. 221-1-1 précise que le licenciement indi-

viduel pour motif économique est aussi soumis aux critères de l'ordre des licenciements (115). L'article L. 122-4-2 reconnaît de plus que les critères de choix du salarié licencié relèvent de la motivation d'une décision de licencier, puisqu'il impose à l'employeur, sur demande écrite du salarié, de lui indiquer par écrit les critères retenus en application de l'article L. 321-1-1 (116). Ces modifications apportées par la loi du 2 août 1988 démontrent à notre avis que l'intention du législateur est de faire en sorte que le choix du salarié licencié pour motif économique soit contrôlé et que la cause économique soit la cause véritable et réelle du licenciement de ce salarié en particulier.

Le juge devrait par conséquent vérifier si le motif économique invoqué par l'employeur est le motif réel du licenciement de ce salarié, par opposition à un prétexte. Dans cette appréciation de la réalité du motif économique, le juge disposerait des critères déjà déterminés dans la loi sur l'ordre des licenciements. Le respect de l'ordre des licenciements ne relèverait plus du contrôle de la cause sérieuse de licenciement, qui impliquerait un contrôle de l'opportunité de la mesure économique (117), mais du contrôle de la réalité du motif économique. La réforme de 1989 ouvre la voie au développement d'un contrôle de la réalité des motifs économiques qui donne place à un contrôle de l'exactitude de ces motifs pour expliquer le licenciement d'un salarié en particulier. L'ancienneté deviendrait un critère d'appréciation de la réalité de la motivation économique du licenciement d'un salarié.

La stabilité de l'emploi semble donc, en dépit de la conjoncture actuelle, bénéficier en droit de reconnaissances nouvelles. Pour apprécier cette tendance, il convient cependant de ne plus mesurer la stabilité de l'emploi par la seule ancienneté contractuelle. En matière de faute grave et en matière disciplinaire, l'ancienneté est un critère subjectif d'appréciation défini de façon implicite. Il existe aussi une notion objective d'ancienneté détachée du contrat et mieux adaptée aux nouvelles caractéristiques du marché de l'emploi.

(112) Avant 1986, le contrôle administratif de la réalité du motif économique s'insérait dans une politique générale de contrôle de l'emploi ; en matière de licenciement collectif, la décision d'autorisation de licencier, prise par l'administration, était une décision globale sur le fondement du licenciement, et non une somme de décisions individuelles.

(113) Depuis 1945, le législateur a fait de l'ancienneté l'un des critères devant être pris en compte pour déterminer l'ordre des licenciements. C'est toutefois la portée du contrôle judiciaire du motif économique qui déterminera, en dernière instance, l'importance réelle de l'ancienneté. Le contrôle étant minimum, le rôle des critères légaux ne peut qu'être faible. Voir : G. VALLEE, *op. cit.*, note 1, pp. 494 et suiv.

(114) X. PRETOT, « Le juge administratif et le licenciement éco-

nomique : quelques observations en marge », *D.S.* 1987.272. Selon cet auteur, le principe de l'employeur seul juge de l'opportunité des décisions relatives à l'exploitation et à la gestion de l'entreprise, proclamé de façon constante par la Cour de cassation, a aussi marqué la jurisprudence administrative dans ses décisions d'autorisation de licenciement.

(115) C.T., art. L. 321-1-1. La Cour de cassation a reconnu que l'article L. 321-1 s'appliquait aussi aux licenciements individuels pour motifs économiques : Soc. 12 mars 1991, *Bull.* V. 126.80.

(116) C.T., art. L. 122-4-2. Cet article impose à l'employeur de préciser par écrit au salarié, à sa demande, les critères qui l'ont amené à le licencier pour motif économique.

(117) J. PÉLISSIER, *op. cit.*, (1974), note 97, pp. 102-103.

