

Licenciement

LICENCIEMENT – Entretien préalable (trois espèces) – Divergence entre les faits invoqués au cours de l'entretien et la motivation de la lettre de licenciement – Absence de cause réelle et sérieuse – Appréciation souveraine des juges du fond (1^{re} espèce) – Absence de l'employeur – Mandat donné à une personne étrangère à l'entreprise – Incompatibilité avec la finalité de l'entretien (2^e espèce) – PV établi par le conseiller du salarié – Plainte de l'employeur pour fausse attestation – Plainte étayée par le fils de l'employeur et le salarié licencié – Condamnation du conseiller (3^e espèce).

Première espèce :
COUR DE CASSATION (Ch. Soc.)
16 janvier 2002

Cabinet MS contre **B.**

Attendu que M. B. a exercé les fonctions de réviseur au service de la société Cabinet MS ; que le 22 février 1996, a été conclue entre les parties une convention concernant la rupture du contrat de travail et les conséquences qui en résultent ; que le salarié a été licencié par lettre du 1^{er} mars 1996 ; qu'il a saisi le Conseil de prud'hommes pour obtenir le paiement des indemnités de rupture, de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et d'un rappel de salaire au titre d'heures supplémentaires ;

Sur le pourvoi principal de l'employeur :

(...)

Sur le second moyen :

Attendu que l'employeur fait, encore, grief à l'arrêt d'avoir accueilli les demandes précitées du salarié alors, selon le moyen :

- 1) que l'employeur n'étant tenu de préciser, dans la lettre de convocation à l'entretien préalable, que l'objet de la convocation et non les griefs allégués contre le salarié, la seule circonstance que les motifs de rupture, énoncés dans la lettre de licenciement qui fixe les termes du litige, soient différents de ceux qui ont été exposés dans la convocation à l'entretien préalable, ne prive pas la rupture de cause réelle et sérieuse ; qu'ainsi en estimant que le dossier révèle une évolution dans les motifs invoqués par l'employeur, entre la convocation à l'entretien préalable, et la lettre de licenciement, pour en déduire que ce dernier était dépourvu de cause réelle et sérieuse, la Cour d'appel a violé les articles L. 122-14, L. 122-14-1 et L. 122-14-2 du Code du travail ;
- 2) que le versement par l'employeur d'une indemnité conventionnelle de rupture qui, quoique supérieure à l'indemnité légale prévue à l'article L. 122-9 du Code du travail, est largement inférieure à l'indemnité prévue par l'article L. 122-14-4 du même Code, ne prive pas l'employeur du droit d'invoquer l'existence d'une cause

réelle et sérieuse de licenciement ; qu'en l'espèce, il est acquis au débat que si l'indemnité de 90 000 francs prévue par la convention du 22 février 1996 était supérieure à l'indemnité légale de licenciement prévue à l'article L. 122-9 du Code du travail elle était bien inférieure à la somme de 168 000 francs correspondant à l'indemnité minimale égale à six mois de salaire en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse ; qu'ainsi, en se déterminant par la seule circonstance que l'indemnisation acceptée par l'employeur en exécution de la convention du 22 février 1996 excluait l'existence d'une cause réelle et sérieuse, sans examiner la teneur des griefs énoncés dans la lettre de rupture, la Cour d'appel qui se fonde sur un motif inopérant, a privé sa décision de toute base légale au regard de l'article L. 122-14-3 du Code du travail ;

- 3) que, subsidiairement, la transaction implique l'existence de concessions réciproques ; qu'en l'espèce, pour refuser d'examiner les motifs de rupture énoncés dans la lettre de licenciement, la Cour d'appel a considéré que l'indemnisation relativement importante accordée par l'employeur aux termes de la transaction excluait l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement ; qu'en statuant ainsi, sans rechercher si – nonobstant sa nullité tirée de ce qu'elle avait été conclue avant l'achèvement de la procédure de licenciement – la transaction ne contenait pas des stipulations traduisant, par le versement d'une somme de 90 000 francs au salarié, une concession de l'employeur au regard de la gravité des faits reprochés à M. B., et énoncés dans la lettre de rupture, de sorte que le versement de cette indemnité transactionnelle n'excluait pas l'existence d'une cause réelle et sérieuse, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 122-14-2 et L. 122-14-3 du Code du travail ;

Mais attendu qu'après avoir constaté qu'il était établi que les motifs énoncés dans la lettre de licenciement étaient différents de ceux qui avaient été invoqués par l'employeur lui-même au cours de la mise en œuvre de la procédure de licenciement, la Cour d'appel, dans l'exercice du pouvoir qu'elle tient de l'article L. 122-14-3 du Code du travail a estimé que ces motifs ne constituaient pas une cause réelle et sérieuse de licenciement ; que par ces seuls motifs, elle a légalement justifié sa décision ; que le moyen ne peut être accueilli ;

PAR CES MOTIFS :

Rejette le pourvoi principal de l'employeur.

(MM. Leroux-Cocheril, f.f. prés. - Brissier, rapp. - Bruntz, av. gén. - SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, SCP Nicolaÿ et de Lanouvelle, av.)

Deuxième espèce :
COUR DE CASSATION (Ch. Soc.)
26 mars 2002

P. contre Société DTI

Attendu que M. P. a été engagé le 28 août 1995 par la société CED à laquelle a succédé la société Dachs Trading International (DTI), ayant son siège en Espagne, pour exercer les fonctions de VRP en France, en Belgique et au Luxembourg ; que le directeur général de la société DTI a donné mandat à une société française Woh, cabinet d'expertise comptable, d'effectuer « toutes les formalités relatives à la fin du contrat de travail » de M. P. ; qu'en exécution de ce mandat, le salarié a été convoqué, par lettre du 8 décembre 1996 du Cabinet Woh, à un entretien préalable à son licenciement auquel il ne s'est pas présenté ; qu'il a été licencié par lettre du 21 novembre 1996 du Cabinet Woh ; que le salarié a saisi le Conseil de prud'hommes, notamment, d'une demande en nullité de son licenciement et, subsidiairement, en paiement de dommages-intérêts pour

inobservation de la procédure de licenciement et pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, ainsi que d'une demande en paiement d'une indemnité de clientèle ;

(...)

Mais sur le premier moyen :

Vu les articles L. 122-14 et L. 122-14-1 du Code du travail ;

Attendu que pour décider que le licenciement avait été régulièrement prononcé, l'arrêt attaqué énonce que la société DTI justifie d'un mandat donné le 4 novembre 1996 au Cabinet Daniel Woh par son directeur général, la société DTI ayant son siège social à Barcelone et ne possédant qu'un bureau de liaison en région parisienne, pour effectuer toutes les formalités relatives à la fin du contrat de travail de M. P. et notamment pour assurer les entretiens préalables et signer tous documents utiles ; qu'il est d'ailleurs précisé tant sur la convocation à l'entretien préalable que dans la lettre de licenciement, que le Cabinet Woh intervient en qualité de représentant de la société ; qu'aucune disposition du Code du travail n'interdisant cette représentation de l'employeur, la procédure utilisée sera considérée comme régulière ;

Attendu, cependant, que la finalité même de l'entretien préalable et les règles relatives à la notification du licenciement interdisent à l'employeur de donner mandat à une personne étrangère à l'entreprise pour procéder à cet entretien et notifier le licenciement ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, la Cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Et attendu qu'en application de l'article 627, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile, la cour est en mesure, en cassant sans renvoi, de mettre fin au litige en ce qu'il porte sur la régularité de la procédure de licenciement du salarié, par application de la règle appropriée :

PAR CES MOTIFS :

Casse et annule.

(MM. Sargos, prés. - Brissier, rapp. - Mme Barrairon, av. gén.)

Troisième espèce :
COUR DE CASSATION (Ch. Crim.)
28 mars 2002

F.

Vu les mémoires produits en demande et en défense :

Sur le premier moyen de cassation, pris de la violation des articles 441-7, 1°, du Code pénal, L. 122-14 et L. 152-1 du Code du travail, 581 et 593 du Code de procédure pénale, manque de base légale, défaut et insuffisance de motifs ;

« en ce que l'arrêt attaqué a déclaré M. F, conseiller du salarié, coupable d'avoir établi un rapport d'entretien préalable à un licenciement faisant état de propos matériellement inexact ;

« aux motifs que le magistrat instructeur ne met en cause que la phrase suivante du procès-verbal de M. F : "M. R. affirme à ce sujet que ses congés payés ont été convenus d'un commun accord à M. B. en mai pour une période du 28 juillet au 31 août, ce que reconnaît M. B." ; que le document visé par la poursuite intitulé "rapport du conseiller du salarié" constitue une relation, par une personne ayant assisté à l'entretien préalable du déroulement de celui-ci et des propos qui y ont été tenus par les parties ; que le prévenu, que rien n'obligeait à rédiger ce compte rendu, en a remis un exemplaire au salarié, afin que, le cas échéant, celui-ci puisse l'utiliser devant la juridiction prud'homale ; qu'en tête de la première page, M. F. a fait figurer la photocopie de sa carte de délégué ; que, tant par le fond que par la forme, ce compte rendu est une attestation au sens de l'article 441-7 du Code pénal ;

« alors que ne constitue pas une attestation ni un certificat au sens de l'article 441-7-1° du Code pénal un rapport signé par

le conseiller du salarié portant sur le déroulement d'un entretien préalable à un licenciement dans le cadre des dispositions de l'article L. 122-14 du Code du travail ; qu'un tel rapport, non signé par l'employeur, s'analyse, à la différence d'une attestation établie par le conseiller du salarié dans les formes prévues par l'article 202 du nouveau Code de procédure civile, comme un simple avis donné par celui-ci sur la manière dont s'est déroulé cet entretien, sans que cet avis ne contienne l'affirmation de faits matériels présentés comme indiscutables, dès lors que le conseiller du salarié a l'obligation de relater, dans un tel rapport, les propos tenus lors de l'entretien tels qu'il les a entendus ou cru les entendre, non tels qu'ils se sont matériellement déroulés ; qu'en considérant, au contraire, qu'un tel rapport d'entretien préalable est une attestation au sens de l'article L. 441-7-1° précité du Code pénal, la Cour d'appel a méconnu les textes visés au moyen » ;

Sur le deuxième moyen de cassation, pris de la violation des articles 441-7, 1°, du Code pénal, L. 122-14 et L. 152-1 du Code du travail, 6-2 de la Convention européenne des droits de l'homme, 9 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, 9-1 du Code civil, 427, alinéa 2, 591 et 593 du Code de procédure pénale, défaut et contradiction de motifs ;

« en ce que l'arrêt attaqué a déclaré M. F., conseiller du salarié, coupable d'avoir établi un rapport d'entretien préalable à un licenciement faisant état de propos matériellement inexacts au préjudice de la société B. frères, employeur ;

« aux motifs que le magistrat instructeur ne met en cause que la phrase suivante du procès-verbal d'entretien préalable d'Alain F : "M. R. affirme à ce sujet que ses congés payés ont été convenus d'un commun accord avec M. B. en mai pour une période du 26 juillet au 31 août, ce que reconnaît M. B." ; que les faits qu'il rapporte sont inexacts en ce sens que M. B. n'a pas reconnu qu'il avait été convenu que M. R. prendrait ses congés du 26 juillet au 31 août ; que M. B. conteste avoir fait cette déclaration ; que ses dénégations sont confortées par le fait que l'information montre que cet accord n'a jamais existé, par les déclarations de son fils Vincent qui assistait à l'entretien, et surtout pas celles de M. R. qui, lors de la confrontation, a précisé : "M. B. n'a pas dit qu'il était d'accord avec les dates que j'avais prises" ; que le salarié a ainsi confirmé ses déclarations faites aux enquêteurs, l'employeur ne lui ayant alors ni donné son accord ou son désaccord sur sa demande de congés, de la dernière semaine de juillet ou du mois d'août, lui ayant répondu "on verra ; qu'au cours de l'information, le prévenu n'a pas prétendu qu'il avait pu se tromper et a affirmé, au contraire, que les propos en cause avaient bien été tenus ; qu'il a ajouté que, vu le temps écoulé, il n'était pas certain de l'identité de celui qui lui avait dit cela mais que son rapport a été rédigé le lendemain de l'entretien, au moment où il avait encore en mémoire les détails de celui-ci ; qu'il ne s'agit pas d'une erreur ; que c'est de mauvaise foi, sachant que c'était inexact, qu'il a indiqué dans son rapport que M. B. avait reconnu l'existence d'un accord pour que le salarié prenne ses vacances du 26 juillet au 31 août ; qu'il n'ignorait pas que cette inexactitude était susceptible de causer un préjudice puisque l'attestation pouvait être utilisée devant la juridiction prud'homale ; qu'elle l'a d'ailleurs été et que la prétendue reconnaissance de M. B. est l'un des motifs du jugement déclarant le licenciement sans cause réelle et sérieuse ; que les faits sont graves dans la mesure où ils ont été commis par M. F dans l'exercice de ses fonctions de délégué ;

« 1) alors, d'une part, que toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente ; que le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui que le conseiller du salarié est présumé relater fidèlement, dans son rapport d'entretien préalable établi dans le cadre des dispositions de l'article L.122-14 du Code du travail, les propos tels qu'il les a entendus ou cru les entendre ; qu'en affirmant, sans se fonder sur aucun élément de preuve, que M. F savait que M. B. n'avait pas tenu les propos litigieux

relatés dans le rapport d'entretien préalable, la Cour d'appel, qui a présumé la mauvaise foi du conseiller du salarié, a méconnu les textes visés au moyen ;

« 2) et alors, d'autre part, que les constatations de fait d'un arrêt doivent être compatibles avec ses déductions juridiques ; qu'en relevant, d'un côté, que M. F avait affirmé, lors de l'instruction, que les propos litigieux avaient bien été tenus, qu'en outre, il n'avait jamais prétendu qu'il avait pu se tromper, ce dont il se déduisait, en l'absence de preuve contraire, que M. F n'avait pas connaissance du caractère inexact de son rapport, tel que relevé par l'arrêt attaqué et qu'il était donc de bonne foi, et, d'un autre côté, que M. F savait que M. B. n'avait pas tenu les propos litigieux relatés dans le rapport d'entretien préalable et qu'il était dès lors de mauvaise foi, la Cour d'appel a entaché sa décision d'une contradiction de motifs en méconnaissance des textes visés au moyen » ;

Sur le troisième moyen de cassation, pris de la violation des articles 441-7, 1°, du Code pénal, 591 et 593 du Code de procédure pénale, manque de base légale, défaut de motifs, défaut de réponse à conclusions ;

« en ce que l'arrêt attaqué a déclaré M. F., conseiller du salarié, coupable d'avoir établi un rapport d'entretien préalable à un licenciement faisant état de propos matériellement inexacts au préjudice de la société B. frères, employeur ;

« aux motifs que le magistrat instructeur ne met en cause que la phrase suivante du procès-verbal d'entretien préalable d'Alain F : "M. R. affirme à ce sujet que ses congés payés ont été convenus d'un commun accord avec M. B. en mai pour une période du 26 juillet au 31 août, ce que reconnaît M. B." ; que les faits qu'il rapporte sont inexacts en ce sens que M. B. n'a pas reconnu qu'il avait été convenu que M. R. prendrait ses congés du 26 juillet au 31 août ; que M. B. conteste avoir fait cette déclaration ; que ses dénégations sont confortées par le fait que l'information montre que cet accord n'a jamais existé, par les déclarations de son fils Vincent qui assistait à l'entretien, et surtout pas celles de M. R. qui, lors de la confrontation, a précisé : "M. B. n'a pas dit qu'il était d'accord avec les dates que j'avais prises" ; que le salarié a ainsi confirmé ses déclarations faites aux enquêteurs, l'employeur ne lui ayant alors ni donné son accord ou son désaccord sur sa demande de congés, de la dernière semaine de juillet ou du mois d'août, lui ayant répondu "on verra ; qu'au cours de l'information, le prévenu n'a pas prétendu qu'il avait pu se tromper et a affirmé, au contraire, que les propos en cause avaient bien été tenus ; qu'il a ajouté que, vu le temps écoulé, il n'était pas certain de l'identité de celui qui lui avait dit cela mais que son rapport a été rédigé le lendemain de l'entretien, au moment où il avait encore en mémoire les détails de celui-ci ; qu'il ne s'agit pas d'une erreur ; que c'est de mauvaise foi, sachant que c'était inexact, qu'il a indiqué dans son rapport que M. B. avait reconnu l'existence d'un accord pour que le salarié prenne ses vacances du 26 juillet au 31 août ; qu'il n'ignorait pas que cette inexactitude était susceptible de causer un préjudice puisque l'attestation pouvait être utilisée devant la juridiction prud'homale ; qu'elle l'a d'ailleurs été et que la prétendue reconnaissance de M. B. est l'un des motifs du jugement déclarant le licenciement sans cause réelle et sérieuse ; que les faits sont graves dans la mesure où ils ont été commis par M. F dans l'exercice de ses fonctions de délégué ;

« 1) alors, d'une part, que M. F avait soutenu, dans ses conclusions d'appel qu'il résultait des procès-verbaux d'interrogatoire que M. R. ayant demandé à son employeur de partir en congés la dernière semaine du mois de juillet et les quatre semaines du mois d'août, M. B. lui avait répondu "on verra", et qu'en outre, M. D., délégué du personnel, avait déclaré que M. R. avait pu penser que ses dates de congés payés étaient acceptées ; qu'il pouvait se déduire de ces conclusions que, contrairement à ce qu'a relevé la Cour d'appel, M. B. avait donné son accord pour les

dates de congés demandées par M. R. ; qu'en ne répondant pas à ces écritures, la Cour d'appel a méconnu les textes visés au moyen ;

« 2) alors, d'autre part, que la Cour d'appel ne pouvait relever, par un motif de pure affirmation, que l'accord litigieux n'avait jamais existé, sans examiner la lettre de M. R. du 11 juillet 1997, figurant dans la procédure pénale, par laquelle celui-ci avait indiqué à son employeur : "Comme convenu depuis le mois de mai, je vous confirme les dates de mes congés à partir du lundi 28 juillet jusqu'au 31 août", et d'où pouvait se déduire la réalité de l'accord litigieux ; que la Cour d'appel, qui n'a pas caractérisé l'élément matériel du délit, a méconnu les textes visés au moyen ;

« 3) et alors, enfin, que la Cour d'appel a encore affirmé que l'accord litigieux était inexistant en se fondant sur les déclarations de M.R. lors de l'instruction pénale, sans examiner le jugement du Conseil de prud'hommes de Dijon qui avait relevé "que M.R. Moreira soutient que les dates de ses congés payés (28/07 au 30/08/1997) ont été fixées d'un commun accord que moins d'un mois avant son départ l'employeur modifiait unilatéralement ces dites dates, que comme l'atteste M. F cela a été reconnu lors de l'entretien préalable" quand il résultait de ces constatations du jugement prud'homal que M. F s'était contredit entre ce qu'il avait soutenu devant le Conseil de prud'hommes et ce qu'il avait déclaré lors de l'instruction pénale que la Cour d'appel n'a, de nouveau, pas caractérisé l'élément matériel du délit en la méconnaissance des textes visés au moyen ;

Les moyens étant réunis :

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué qu'après avoir été condamnée par le Conseil de prud'hommes à indemniser M. R. des conséquences dommageables d'un licenciement sans cause réelle ni sérieuse, la société B. frères a porté plainte contre M. F, conseiller du salarié, du chef d'établissement d'une attestation faisant état de faits matériellement inexacts, en l'accusant d'avoir affirmé inexactement, dans un compte rendu de l'entretien préalable au licenciement produit devant les juges, que Pierre B. avait reconnu, au cours de cet entretien, avoir, au mois de mai 1997, convenu avec son salarié que les congés payés de celui-ci auraient lieu du 26 juillet au 31 août 1997 ;

Attendu que, pour déclarer M. F coupable de ce délit, la Cour d'appel relève que, contrairement à ce qui est allégué dans le document litigieux, Vincent B., fils du dirigeant de la société, présent au cours de l'entretien, et M. R. lui-même, ont déclaré que Pierre B. n'avait pas reconnu avoir donné son accord à l'employé au sujet des dates de ses congés payés ; que les juges ajoutent que M. F a remis au salarié un exemplaire signé de son compte rendu, auquel il avait annexé en photocopie l'attestation du directeur départemental du travail relative à sa qualité de conseiller du salarié, pour lui permettre de le produire à l'appui de ses demandes devant le Conseil de prud'hommes ;

Attendu qu'en l'état de ces énonciations, d'où il résulte que le prévenu a remis au salarié qu'il était chargé de conseiller un compte rendu dans lequel il avait sciemment relaté un fait matériellement inexact en sachant que ce document allait être produit en justice, la Cour d'appel, qui n'avait pas à entrer dans le détail de l'argumentation de l'appelant, a caractérisé en tous ses éléments, tant matériels qu'intentionnel, le délit dont elle a déclaré le prévenu coupable :

D'où il suit que les moyens doivent être écartés ;

Et attendu que l'arrêt est régulier en la forme ;

Rejette le pourvoi.

(MM. Cotte, prés. - Blondet, rapp. - SCP Parmentier et Didier, Me Capron, av.)

NOTE. – Les arrêts susrapportés, qui ont tous les trois trait à l'entretien préalable au licenciement, contribuent à faire le point sur la jurisprudence régissant la matière.

Les deux premiers arrêts émanent de la Chambre sociale de la Cour de cassation, et le troisième de sa Chambre Criminelle.

1) Sur l'arrêt du 16 janvier 2002

Bien que le législateur ait institué la procédure d'entretien préalable au licenciement afin de permettre au salarié de faire valoir ses arguments en défense dans le cadre d'un véritable débat contradictoire avec l'employeur, la jurisprudence n'est pas toujours très rigoureuse pour protéger les droits du salarié dans le cadre de cette procédure.

Ainsi la Cour de cassation a-t-elle toujours admis jusqu'ici que le juge doit examiner tous les motifs de licenciement énoncés dans la lettre de licenciement, que ceux-ci aient ou non été évoqués lors de l'entretien préalable (Cass. Soc. 18 mai 1995, Droit social 1995 p. 675).

L'arrêt susrapporté (non publié au bulletin de la Cour de cassation) annoncerait-il (timidement) un revirement de jurisprudence sur ce point ?

En tout cas, il maintient l'arrêt d'une Cour d'appel, qui, ayant constaté qu'il était établi que les motifs énoncés dans la lettre de licenciement étaient différents de ceux qui avaient été invoqués par l'employeur lui-même dans la lettre de convocation à l'entretien préalable, avait ainsi estimé, dans l'exercice du pouvoir qu'elle tient de l'article L. 122-14-3 du Code du travail, que ces motifs ne constituaient pas une cause réelle et sérieuse de licenciement.

La Cour d'appel avait considéré que le dossier révélait une évolution dans les motifs invoqués par l'employeur entre la convocation à l'entretien préalable et la lettre de licenciement.

Il se déduisait en effet de cette évolution une incertitude quant à la véritable cause du licenciement.

Cette solution, telle qu'adoptée par la Cour d'appel (en l'occurrence, celle de Bordeaux), devrait au surplus être approuvée, dès lors qu'elle garantit que le salarié puisse préparer sa défense au cours de l'entretien préalable au vu des motifs de rupture tels qu'ils seront énoncés dans la lettre de licenciement, et qu'en tout cas, l'employeur ne puisse modifier la cause de la rupture après entretien sans s'en entretenir à nouveau préalablement avec le salarié.

Il est cependant regrettable que la Cour de cassation ait abandonné l'appréciation de cette question aux juges du fond alors que, d'une part, elle contrôle, de façon constante, le contenu des termes du litige soumis au juge par la lettre de rupture, et que, d'autre part, les droits de la défense institués par la procédure d'entretien préalable sont des droits substantiels, sans lesquels le salarié ne peut être considéré dans l'entreprise comme un véritable citoyen.

Le laxisme dont fait encore trop souvent preuve la Cour de cassation sur cette question n'est pas cohérent avec la jurisprudence qu'elle est en train d'élaborer par ailleurs sur les droits du salarié dans l'entreprise.

2) Sur l'arrêt du 26 mars 2002

Cet arrêt (P+B+R) confirme (cela va mieux en le disant) que « la finalité même de l'entretien préalable et les règles relatives à la notification du licenciement interdisent à l'employeur de donner mandat à une personne étrangère à l'entreprise pour procéder à cet entretien et notifier le licenciement ».

On ne voit pas en effet que le droit du salarié à l'entretien préalable puisse être respecté lorsque le débat n'a pas eu lieu avec l'employeur qui envisage de le licencier et qui prononcera son licenciement.

Cet arrêt de principe marque la volonté de la Cour de cassation de contrôler que la procédure d'entretien préalable a été menée conformément aux prévisions de la loi.

Il ne précise cependant pas quelle est la sanction de l'irrégularité de procédure commise par l'employeur.

Le salarié avait en l'espèce demandé la nullité de son licenciement en principal et des dommages-intérêts pour irrégularité de procédure en subsidiaire.

Il apparaît qu'en effet, dès lors que les droits de la défense n'ont pas été respectés, le licenciement devrait être considéré comme une voie de fait, et comme n'étant dès lors jamais intervenu.

Cependant l'arrêt est rendu au visa des seuls articles L. 122-14 et L. 122-14-1 du Code du travail, de sorte qu'il semble que, pour la Cour de cassation, seuls des dommages-intérêts pour inobservation de la procédure soient dus.

Là encore, cette solution est regrettable.

3) Sur l'arrêt de la Chambre criminelle du 26 mars 2002

Cet arrêt (non publié au bulletin) démontre malheureusement que le droit du salarié à l'assistance d'un conseiller du salarié lors d'un entretien préalable à un licenciement avec toutes les conséquences que cela comporte n'est guère pris en compte par la Cour de cassation lorsque le conseiller du salarié est poursuivi pénalement par l'employeur pour fausse attestation.

Dans cette espèce, le conseiller du salarié avait établi un procès-verbal d'entretien préalable indiquant que l'employeur avait reconnu, au cours de cet entretien, qu'il avait donné au salarié son accord pour qu'il prenne ses congés aux dates fixées initialement (sur la recevabilité du témoignage en justice du conseiller du salarié voir l'arrêt de principe Cass. Soc. 27 mars 2001 Dr. Ouv. 2001, p. 389 ; voir également le commentaire au rapport annuel de la Cour de cassation, ce numéro p. 395). Le salarié, licencié pour avoir pris sans autorisation ses congés à ces dates là, avait saisi le Conseil de

prud'hommes qui a condamné l'employeur pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. L'employeur, afin d'alimenter son dossier en appel, a saisi le juge pénal en affirmant que le rapport d'entretien préalable, sur lequel s'était fondé le Conseil de prud'hommes, était une fausse attestation au sens de l'article 441-7 1° du Code pénal.

Les juridictions du fond ont suivi l'argumentation de l'employeur et ont été, par l'arrêt sus rapporté, approuvées par la Cour de cassation.

Le conseiller du salarié a ainsi été condamné sur la base des seules paroles de l'employeur et de son fils, ainsi que de celles du salarié lui-même qui n'avait pourtant pas hésité à se servir du procès-verbal dans sa procédure prud'homale. La solution adoptée ici par la Cour de cassation constitue l'application mécanique d'une loi pénale qui n'est en réalité faite, ni pour secourir les employeurs condamnés pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, ni pour pénaliser des conseillers du salarié qui effectuent avec intelligence et dévouement une mission difficile (cf. sur ce point : L. Roche, Le conseiller du salarié : la croisée des chemins, Dr. Ouv. 1993, p. 435 et suivantes).

A l'avenir, les employeurs pourront donc, sans vergogne, saisir le juge pénal chaque fois que le Conseil de prud'hommes se sera fondé sur un rapport d'entretien préalable pour les condamner. Ils seront sûrs d'obtenir gain de cause, le salarié terrorisé par une telle procédure déclarant, lors des interrogatoires de police, que le rapport contient des mentions fausses.

Une telle solution ne peut que décourager les conseillers du salarié de poursuivre leur mission.

Cette conséquence est d'autant plus dommageable que les organisations syndicales ont toutes les peines du monde pour trouver des candidats à cette fonction.

Il aurait pourtant suffi à la Cour de cassation, pour éviter de telles conséquences, qu'elle considère qu'un procès-verbal d'entretien préalable n'est pas une « attestation » au sens pénal du terme, de même qu'elle a déjà jugé qu'un avis médical d'aptitude, même faux, n'est pas une fausse attestation sur l'aptitude (cf. Crim. 16 mars 1994 Bull. n° 104, p. 223).

Les conseillers du salarié devront en tout cas, en l'état actuel de cette jurisprudence, rédiger avec un soin méticuleux leurs rapports, malgré le manque de temps, la fatigue, et la difficulté de prendre des notes pendant qu'ils défendent le salarié. Et en cas de doute sur le sens des paroles de l'employeur, ils devront s'abstenir d'en rendre compte, seuls les termes clairs et précis pouvant être retranscrits dans un tel rapport.

Marie-France Bied-Charreton