

LICENCIEMENT – Préavis – Défaut d'exécution – Conséquence – Indemnité compensatrice due à l'employeur.

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 18 juin 2008

Highlands hôtesse contre C. (pourvoi n° 07-42.161)

Vu l'article L. 122-8, alinéa 1, devenu l'article L. 1234-5 du Code du travail ;

Attendu que l'obligation de respecter le délai-congé s'impose aux parties au contrat ; qu'il s'en déduit que lorsqu'il n'en a pas été dispensé, le salarié qui n'a pas exécuté son préavis doit à l'employeur une indemnité compensatrice ;

Attendu, selon le jugement attaqué, que Mme C. a été engagé par la société Highlands hôtesse le 2 mars 2005 ; que le contrat de travail prévoit en son article 3 qu'il pourra être résilié de part et d'autre avec un préavis réciproque d'un mois ; que la salariée a été licenciée le 14 décembre 2005 avec préavis d'un mois ; qu'elle ne l'a pas exécuté ; que la société Highlands hôtesse a saisi le Conseil de prud'hommes en paiement d'une somme à titre d'indemnité de préavis ;

Attendu que pour la débouter le Conseil de prud'hommes a énoncé qu'en l'espèce la rupture est à l'initiative de l'employeur ; que c'est l'employeur qui doit un préavis d'un

mois à Mme C. ; que ce préavis n'a pas été effectué ; qu'elle n'a pas été payée pendant le préavis ; qu'en conséquence la partie défenderesse ne doit aucun préavis ; qu'elle n'a pas pris l'initiative de la rupture ; que la notion de réciprocité s'entend en fonction de l'initiative de la rupture ;

Qu'en statuant comme il a fait, le Conseil de prud'hommes a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, le jugement rendu le 24 octobre 2006, entre les parties, par le Conseil de prud'hommes de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit jugement et, pour être fait droit, les renvoie devant le Conseil de prud'hommes de Paris, autrement composé.

(Mme Collomp, prés. - Mme Quenson, rapp. - M. Deby, av. gén. - SCP Laugier et Gaston, av.)

Note.

Un arrêt de la Chambre sociale du 18 juin 2008 (1), censure à l'unique visa de l'article L. 1234-5 du Code du travail (ancien article L. 122-8) un jugement du Conseil de prud'hommes de Paris qui avait estimé qu'un salarié licencié par son employeur qui refusait d'exécuter son préavis, dès lors qu'il n'avait pas pris l'initiative de la rupture, ne devait aucune indemnité à son employeur du fait de ce refus.

Certains commentateurs semblent approuver cette décision et résumer l'évolution de la jurisprudence en la matière par la formule : « *Salarié tu exécuteras le préavis dont tu n'as pas été dispensé, ou tu devras verser une indemnité compensatrice à ton employeur* » (2).

Or, d'une part, le raisonnement (à le supposer décriptable) suivi par la Cour de cassation est d'une brièveté qui ne facilite pas l'analyse (I), mais aussi et d'autre part la décision de première instance semblait beaucoup plus cohérente avec les textes applicables en la matière (II).

I. - L'article L. 1234-5 du Code du travail est très exactement rédigé en ces termes : « *Lorsque le salarié n'exécute pas son préavis, il a droit, sauf en cas de faute grave, à une indemnité compensatrice. L'inexécution du préavis, notamment en cas de dispense par l'employeur, n'entraîne aucune diminution des salaires et avantages que le salarié aurait perçus s'il avait accompli son travail jusqu'à l'expiration du préavis, indemnité de congés payés comprise. L'indemnité de préavis se cumule avec l'indemnité de licenciement et avec l'indemnité prévue à l'article L. 1235-2* ».

Comme on le voit à la lecture, il n'est nullement question dans ce texte d'une indemnité due par le salarié à l'employeur en cas d'inexécution par le premier d'un préavis de licenciement dont l'employeur aurait demandé à ce qu'il soit travaillé.

C'est pourtant le seul texte visé par la Cour de cassation.

Contrairement à une idée reçue, aucune disposition législative (même si certaines conventions collectives mentionnent une telle sanction à la charge du salarié voir *infra* note 3) ne prévoit l'hypothèse d'un paiement d'une somme d'argent fixe par un salarié licencié à son employeur en cas de refus d'exécuter son préavis.

Certes l'article L. 1237-2 dispose : « *la rupture d'un contrat de travail à durée indéterminée à l'initiative du salarié ouvre droit, si elle est abusive, à des dommages et intérêts pour l'employeur...* » mais ce texte pour recevoir application nécessite deux conditions :

- la rupture doit être à l'initiative du salarié, ce qui n'est pas le cas d'un licenciement ;
- cette rupture, à l'initiative du salarié doit être abusive (preuve à la charge de l'employeur).

En tout état de cause elle n'ouvre droit qu'à des dommages et intérêts dont le caractère forfaitaire, et égaux au montant du salaire qu'aurait perçu le salarié pendant la durée du préavis exécuté ne résulte strictement d'aucun texte législatif.

(1) Cass. Soc. 18 juin 2008 pourvoi n° 07-42.161.

(2) Article de M^e Emmanuelle Pierroux, Petites Affiches n° 146 du 22 juillet 2008.

Plusieurs arrêts de la Haute juridiction, antérieurs à la décision commentée, sont bien intervenus condamnant un salarié à une telle somme "forfaitaire", mais si l'on examine bien ces jurisprudences, on s'aperçoit, soit qu'un texte conventionnel le prévoyait (3), soit que le salarié avait reconnu devoir cette indemnité (4).

Ils ont par ailleurs tous été rendus ensuite d'une démission (5) ou d'une prise d'acte de la rupture requalifiée en démission du salarié et jamais à propos d'un salarié refusant d'exécuter son préavis après un licenciement.

Le fondement de l'article L 1237-2 du Code du travail (anciens articles L. 11213 et L. 122-14-11) était donc dans ces hypothèses possible, encore que le caractère forfaitaire de la réparation, non prévu par le texte, puisse être contestable.

A notre connaissance c'est la première fois que la Cour fait référence à l'article L. 1234-5 (ancien article L. 122-8) et sauf à elle à préciser dans un arrêt ultérieur le raisonnement lui ayant permis d'aboutir à cette solution force est de constater que cette décision n'est guère convaincante.

II. - Cela nous semble d'autant plus vrai que le raisonnement qu'avait suivi le Conseil de prud'hommes de Paris nous paraît, au contraire, emprunt d'une certaine logique et plus conforme, et à la jurisprudence et aux textes applicables.

Il constate tout d'abord que l'article L. 1234-5 du Code du travail institue un droit pour le salarié et en aucun cas une obligation.

Il en déduit logiquement que ce texte ne peut juridiquement assoir une revendication de l'employeur.

Certes le comportement du salarié refusant d'accomplir son préavis ou interrompant celui-ci en cours d'exécution peut présenter un caractère fautif voire abusif, mais l'employeur dispose alors des moyens "classiques" de sanctionner le salarié fautif.

Une jurisprudence, maintenant ancienne, permet en effet à celui-ci de faire face à la situation d'un salarié refusant d'accomplir sa prestation de travail (étant cependant précisé, que dans cette hypothèse, la Cour de cassation, n'admet pas en l'absence d'autres éléments, que ce refus ou cette absence au travail puissent à eux seuls être assimilés à une démission) : il appartient à l'employeur de mettre fin au préavis pour inexécution fautive de celui-ci.

Le licenciement peut être prononcé pour faute grave (sans d'ailleurs qu'il soit nécessaire d'appliquer la procédure de licenciement).

La Cour de cassation a été amenée à préciser, par ailleurs, qu'un tel licenciement s'il dispensait l'employeur de régler le solde du préavis ne privait pas le salarié ni de ses congés payés ni de son indemnité de licenciement acquise dès la notification du licenciement initial (6).

La position de la Cour de cassation paraît donc quelque peu paradoxale :

- elle n'admet pas qu'un salarié qui ne se rend pas à son travail (par exemple parce qu'il fait l'objet d'un emprisonnement) puisse être sanctionné autrement que par un licenciement (éventuellement pour faute grave). Ce licenciement n'ouvrant droit *a priori* à aucune compensation financière au profit de l'employeur ;

- par contre elle estime qu'un salarié licencié par son employeur qui n'effectue pas son préavis, ou n'effectue que partiellement celui-ci, alors qu'aucun texte législatif ne le prévoit, est débiteur vis-à-vis de son ex-employeur d'une somme, indépendante du préjudice subi par ledit employeur, et égale au montant du salaire que le salarié aurait perçu pendant l'exécution dudit préavis.

En l'espèce, la salariée licenciée avait dix mois d'ancienneté dans l'entreprise au moment de son licenciement.

Si elle ne s'était pas présentée à son travail, à l'issue de ces dix mois, l'employeur n'aurait eu d'autres choix que de procéder à son licenciement pour faute grave (sans conséquence financière pour la salariée).

La société a pris la décision de la licencier, et dans cette hypothèse, en refusant d'exécuter son préavis, elle est débitrice de l'équivalent d'un mois de salaire au profit de son employeur !

Avouons que la logique de ce raisonnement laisse pour le moins perplexe.

On peut souhaiter, que le Conseil de prud'hommes de Paris, "*autrement composé*", juridiction de renvoi, rende une décision plus conforme à la logique permettant éventuellement aux Chambres réunies de clarifier la situation.

Philippe Lejard, Avocat au Barreau du Val d'Oise, chargé de cours à l'Institut d'études judiciaires de Paris-Sud

(3) Cass. Soc. 24 mai 2005 pourvoi 03-43037.

(4) Cass. Soc. 29 mars 1995 pourvoi 91-44584.

(5) Cass. Soc. 10 avril 1991 pourvoi 87-44893 ; Cass. Soc. 6 avril 1979 pourvoi 78-40435.

(6) Cass. Soc. 5 octobre 1995 pourvoi 94-41120 ; Cass. Soc. 12 décembre 2001 pourvoi 99-45290.