

LICENCIEMENT POUR MOTIF PERSONNEL Entretien préalable – Convocation –
Mention de l'objet – Portée – Connaissance des faits reprochés – Convention n°158 OIT (art. 7)
– Atteinte aux droits de la défense.

COUR D'APPEL DE PARIS (P. 6 – Ch. 6) 7 mai 2014
(rectifié par arrêts du 10 septembre 2014 et du 15 octobre 2014)
K. contre SA Poiray
(extraits)

Les faits :

Mme Marie-Claude K. a été engagée par contrat à durée indéterminée en date du 24 septembre 2002, à effet du 1^{er} octobre 2002, en qualité de commerciale, statut cadre position A2, indice 35 par la SA Poiray, société ensuite dénommée société Poiray Joaillier, qui commercialisait des bijoux de prix, possédant quatre magasins de vente à Paris et de nombreux points de vente en province, société aux droits de laquelle vient désormais, depuis le 16 décembre 2013, la société France Tourisme Immobilier.

Aux termes de son contrat, Mme Marie-Claude K. était chargée de la prospection sur la France.

La SA Poiray France, alors devenue Poiray Joaillier, a été placée en redressement judiciaire par décision du Tribunal de commerce le 2 juin 2004, puis a bénéficié d'un plan de continuation par décision du 18 août 2005, M^e Thévenot étant désigné en qualité de commissaire à l'exécution du plan.

Par LRAR du 30 octobre 2007, la SA Poiray notifiait à Mme Marie-Claude K. un avertissement pour ne pas avoir alerté sur la non-réalisation de son chiffre d'affaires au mois d'octobre 2007.

Par courrier du 7 novembre 2007, Mme Marie-Claude K. contestait cet avertissement.

Par courrier recommandé avec avis de réception du 27 novembre 2007, elle était convoquée à un entretien préalable fixé au 10 décembre 2007, avec mise à pied à titre conservatoire. Après avoir demandé, en vain, par lettre recommandée quels étaient les griefs formulés à son égard, Mme Marie-Claude K. ne s'est pas présentée à son entretien préalable, estimant ne pas avoir pu préparer sa défense.

Elle a été licenciée « *pour insuffisance professionnelle* » par lettre recommandée avec avis de réception du 17 décembre 2007.

Par courrier recommandé du 28 décembre 2007, la salariée a contesté les motifs de son licenciement, puis a saisi le Conseil de prud'hommes de Paris le 10 janvier 2008.

Les motifs de la Cour :

(...)

Sur le non-respect des droits de la défense

La salariée rappelle que, par lettre du 3 décembre 2007, elle avait demandé à l'employeur, compte tenu de la voie disciplinaire qu'il avait manifestement choisie du fait de la mise à pied conservatoire, de préciser les faits fautifs qu'il envisageait de sanctionner, lettre restée sans réponse jusqu'à l'entretien préalable fixé au 10 décembre 2007, qui n'a pas davantage été reporté, pour permettre un échange sur ces questions. De ce fait, et considérant qu'elle ne pouvait correctement préparer sa défense dans de telles conditions, Mme Marie-Claude K. a décidé de ne pas participer à cet entretien préalable.

Elle rappelle que l'article 7 de la Convention n° 158 de l'OIT dispose « *qu'un licenciement ne peut intervenir avant que le salarié n'ait la possibilité de se défendre contre les allégations formulées par son employeur* ». Cette convention, ratifiée par la France, est d'application directe.

Rappelant également les dispositions de l'article L. 1232-2 du Code du travail, qui prévoit que la lettre de convocation à l'entretien préalable doit préciser « *l'objet de la convocation* », Mme Marie-Claude K. soutient que ceci doit s'entendre comme non seulement informer sur la sanction envisagée, mais aussi sur les causes de l'entretien, c'est-à-dire des raisons de cette sanction.

La cour considère, en effet, que l'entretien préalable constituant la seule étape de la procédure pendant laquelle le salarié a, légalement, le droit de s'expliquer sur les faits qui lui sont reprochés, avec l'aide d'un défenseur, le respect des droits de la défense implique effectivement que celle-ci puisse être préparée dans la perspective de l'entretien préalable en connaissance de cause, c'est-à-dire en connaissant non seulement la sanction que l'employeur envisage de prendre, mais surtout les reproches que l'employeur s'apprête à articuler à l'encontre de son salarié.

S'agissant d'une garantie de fond, ce manquement dans le respect des dispositions de la Convention 158 de l'Organisation internationale du travail, mais aussi d'un principe fondamental pour le respect des droits de la défense, entache également de nullité ledit licenciement.

Cette atteinte aux droits de la défense justifie l'allocation à la salariée de la somme de 1 000 € qu'elle sollicite.

La cour ajoutera que, de ce point de vue, l'intervention volontaire de l'Union locale CGT de Chatou, en tant qu'organisation professionnelle, justifie sa demande de dommages et intérêts. Il lui sera alloué 2 000 € à ce titre.

Décision de la Cour :

Infirme la décision du Conseil de prud'hommes sauf en ce qui concerne (...) et statuant à nouveau et y ajoutant

– déclare le licenciement de Marie-Claude K. dépourvu de cause réelle et sérieuse, mais également nul

– condamne la société (...) à payer (...) 1000 € de dommages-intérêts pour non-respect des droits de la défense lors de l'entretien préalable (...)

Condamne la société France Tourisme Immobilier, anciennement dénommée société Poiray Joaillier à régler à l'union locale CGT de Chatou la somme de 2000 € à titre de dommages-intérêts préjudice subi du fait de la violation des droits de la défense.

(Mme de Liège, prés. – M. Hinot, mand. synd. – Mes Pavon Sudres, Clerc, av.)

Note.

Nous nous sommes interrogés, dans cette revue, sur la possibilité d'une évolution en matière de convocation à l'entretien préalable, et plus précisément, sur l'obligation pour l'employeur de motiver cette lettre (1).

Il y a plus de vingt ans, la Chambre sociale de la Cour de cassation décidait que l'employeur n'avait pas à indiquer, dans la lettre de convocation à l'entretien préalable, les motifs de la décision unilatérale qu'il envisageait de prendre à l'encontre du salarié (2). Pour la Haute juridiction, l'employeur doit simplement, mais précisément, informer le salarié de la nature de la décision projetée : un licenciement ou une sanction disciplinaire.

C'est cette jurisprudence que la Cour d'appel de Paris met opportunément en cause dans l'arrêt ci-dessus.

Une salariée, Mme K., engagée en 2002, reçoit le 30 octobre 2007 un avertissement « pour ne pas avoir alerté son employeur sur la non-réalisation de son chiffre d'affaires durant le mois d'octobre 2007 »

– avertissement qu'elle conteste par courrier huit jours plus tard, sans cependant obtenir de réponse. Par lettre en date du 27 novembre 2007, la salariée est convoquée à un entretien préalable fixé au 10 décembre suivant, avec mise à pied à titre conservatoire. Une mise à pied de treize jours, donc, avant la tenue de l'entretien. Mme K. demande alors par écrit à son employeur « quels étaient les griefs formulés à son encontre ». Toujours pas de réponse. Estimant « ne pas avoir été mise en mesure de préparer sa défense », elle ne se présente donc pas à l'entretien préalable. Finalement, elle est licenciée pour « insuffisance professionnelle » le 17 décembre 2007. La mise à pied à titre conservatoire aura duré, au total, vingt jours.

La salariée conteste son licenciement par une lettre en date du 28 décembre 2007, puis saisit le Conseil de prud'hommes de Paris le 10 janvier 2008. L'Union locale CGT se joint à l'instance. Les demandes de Mme K. sont diverses. Elles portent, notamment, sur l'annulation de l'avertissement, la contestation de son licenciement, des rappels de salaire, la délivrance de documents...

Il convient de souligner ici qu'elle réclame également des dommages-intérêts d'un montant de 1 000 euros « pour non-respect des droits de la défense lors de l'entretien préalable », la CGT demandant réparation du même chef, pour le dommage causé à l'intérêt collectif de la profession.

À l'appui de l'article 7 de la Convention n°158 de l'OIT, qui dispose « qu'un licenciement ne peut intervenir avant que le salarié n'ait la possibilité de se défendre contre les allégations formulées par son employeur », Mme K. soutient que l'article L. 1232-2 du Code du travail, qui prévoit que la lettre de convocation à l'entretien préalable indique « l'objet de la convocation », doit s'entendre comme faisant obligation à l'employeur d'informer le salarié, non seulement sur la sanction envisagée, mais aussi sur les causes de l'entretien, i.e. les raisons de la sanction.

La Cour d'appel de Paris accorde à la salariée les 1 000 euros de dommages-intérêts demandés « pour non-respect des droits de la défense lors de l'entretien préalable », et à l'Union locale CGT 2 000 euros « à titre de dommages-intérêts pour le préjudice subi du fait de la violation des droits de la défense ». Pour cette juridiction, « le respect des droits de la défense implique effectivement que celle-ci puisse être préparée, dans la perspective de l'entretien préalable, en toute connaissance de cause, c'est-à-dire en connaissant non

(1) Cf. « Pour un affermissement des droits de la défense des salariés au sein de l'entreprise. Première partie : le droit à un débat contradictoire », Dr. Ouv. 2010, p. 516, sp. p. 524.

(2) Cass. Soc. 4 nov. 1992, *Bazin*, Dr. Soc. 1992, 1002.

seulement la sanction que l'employeur envisage de prendre, mais surtout les reproches que l'employeur s'apprête à articuler à l'encontre de son salarié » (ci-dessus).

La Cour d'appel de Paris considère donc que l'employeur ne doit pas se contenter d'indiquer la nature de la décision envisagée. Il doit en préciser les raisons *avant* le déroulement de l'entretien préalable.

1. Une solution des plus opportunes

La finalité de l'entretien préalable est d'éviter la prise de décision patronale par une dernière tentative de conciliation. L'entretien doit ainsi « permettre à l'employeur d'obtenir toutes les précisions souhaitables et de prendre (...) une décision éclairée » (3). Il ne doit pas s'agir d'une simple audition. Au contraire : un véritable débat **contradictoire** doit s'instaurer. La Cour de cassation exige ainsi que les faits invoqués dans la lettre de licenciement fassent l'objet d'une discussion préalable entre les parties (4), d'où il résulte que l'entretien préalable n'est pas régulier si l'employeur ne fournit aucune explication au salarié (5).

Selon les formules consacrées, « au cours de l'entretien préalable, l'employeur indique les motifs de la décision envisagée et recueille les explications du salarié » (6), « l'entretien préalable [devant] permettre au salarié de connaître les motifs [de la décision] envisagé[e] et de s'expliquer à leur sujet » (7). Formalité prévue dans « le seul » intérêt des salariés (8), l'entretien préalable doit, finalement, leur permettre « d'organiser leur défense » (9).

D'où il résulte que l'entretien préalable doit, nécessairement, être également placé sous le signe du respect **des droits de la défense** des salariés (10) – solution qui n'apparaît en rien contraire avec sa finalité conciliatrice. Comme l'a opportunément souligné la Cour de cassation dans l'arrêt *Durafruid*, pour qu'une conciliation entre employeur et salarié soit pleinement réussie, encore faut-il qu'ils aient les

informations nécessaires à la préservation de leurs droits (11). Il en va naturellement de même en matière de procédure préalable à une décision patronale de licenciement.

L'entretien préalable doit d'autant plus nécessairement être placé sous le signe du respect des droits de la défense qu'il n'a pas qu'une finalité conciliatrice. Comme a pu le souligner M. Jean Savatier, il s'agit aussi, voire « essentiellement », « de faire pénétrer, dans la procédure interne à l'entreprise, le principe du contradictoire. Il s'agit de permettre au salarié de se défendre (...). Le salarié doit pouvoir faire valoir ses moyens de défense contre la décision que l'employeur envisage de prendre » (12).

Dans ces conditions, le salarié doit être pleinement mis en mesure de se défendre contre la décision que l'employeur envisage de prendre à son encontre – ce d'autant que l'employeur est, ici, à la fois « juge et accusateur » (13).

La doctrine a d'ailleurs, depuis très longtemps, souligné l'aberration que constitue l'absence d'obligation de motiver la convocation à l'entretien préalable. Dès l'adoption de la loi 1973, puis régulièrement, par la suite (14).

Du point de vue des droits de la défense, comment le salarié peut-il efficacement préparer l'entretien préalable sans connaître les motifs de la décision projetée ? Mission impossible. Cette méconnaissance sera même improductive dans la mesure où l'effet de surprise sera susceptible de mettre le salarié en difficulté (15).

Du point de vue de **l'égalité des armes**, s'il n'a pas à indiquer les motifs de la décision projetée avant l'entretien préalable, l'employeur pourra éventuellement les faire évoluer ultérieurement. Et la procédure, instituée dans le seul intérêt des salariés, pourra se retourner contre eux : « elle aura permis à l'employeur, au cours de l'entretien, de tester en quelque sorte la valeur de ses arguments » (16).

(3) Jean Pélissier, *La réforme du licenciement*, Sirey 1974, p. 21.

(4) Cass. Soc. 14 nov. 1985, JCP 1986, éd. E, I, 15125.

(5) Cass. Soc. 5 fév. 1992, *Sté Lecasud*, Dr. Soc. 1992, p. 267.

(6) Art. L. 1232-3 C. Trav.

(7) Cf. par exemple Cass. Soc. 8 janv. 1997, Dr. Ouv. 1997, p. 293.

(8) Cass. Soc. 15 mai 1991, RJS 6/91, n° 740.

(9) Cass. Soc. 13 juin 1991.

(10) En ce sens, notamment, François Duquesne, « Les droits de la défense du salarié menacé de licenciement. Esquisse d'une réforme de la procédure de licenciement individuel », Dr. Soc. 1993, p. 847.

(11) Cass. Soc. 28 mars 2000, *Durafruid*, Dr. Soc. 2000, 661, obs. Marianne Keller, Dr. Ouv. 2000, p. 392.

(12) Jean Savatier, « L'entretien préalable au licenciement », Dr. Soc. 1991, p. 259.

(13) *Idem*.

(14) Cf. notamment : Gérard Lyon-Caen et Marie-Claire Bonnetête, « La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juillet 1973 », Dr. Soc. 1973, p. 493 ; Jean Pélissier, *La réforme du licenciement*, précité ; Jean-Claude Javillier, *Droit du travail*, LGDJ 1981, 2^e éd. p. 305, n. 235 ; François Taquet, « Réflexions sur l'entretien préalable au licenciement », JCP 1993, éd. E, n° 245, p. 236 ; François Duquesne, « Les droits de la défense du salarié menacé de licenciement. Esquisse d'une réforme de la procédure de licenciement individuel », précité ; Gilles Auzero et Emmanuel Dockès, *Précis Dalloz de Droit du travail*, 28^e éd., 2014, n° 429, sp. p. 473.

(15) Cf. Jean Pélissier, *La réforme du licenciement*, précité, p. 21.

(16) Jean Pélissier, *La réforme du licenciement*, précité, p. 13.

Dans ces conditions, faute de réponse à sa demande de précisions, on peut comprendre que Mme K. ait préféré ne pas se rendre à l'entretien préalable.

On comprend aussi que la Cour d'appel de Paris ait considéré « *que l'entretien préalable constituant la seule étape de la procédure pendant laquelle le salarié a, légalement, le droit de s'expliquer sur les faits qui lui sont reprochés, avec l'aide d'un défenseur, le respect des droits de la défense implique effectivement que celle-ci puisse être préparée, dans la perspective de l'entretien préalable, en connaissance de cause, c'est-à-dire en connaissant non seulement la sanction que l'employeur envisage de prendre, mais surtout les reproches que l'employeur s'apprête à articuler à l'encontre de son salarié* » (ci-dessus).

Il ne suffit cependant pas que cette solution apparaisse opportune, encore faut-il qu'elle soit solidement fondée.

2. Une solution solidement fondée

Comme le rappelle l'appelante, suivie en cela par la Cour d'appel de Paris, l'article 7 de la Convention n° 158 de l'OIT (17) dispose : « *Un travailleur ne devra pas être licencié pour des motifs liés à sa conduite ou à son travail avant qu'on ne lui ait offert la possibilité de se défendre contre les allégations formulées* ». Cet article vise à l'évidence la procédure **préalable** au licenciement, interne à l'entreprise. La lettre de licenciement, qui doit, elle, être impérativement et précisément motivée, ne peut atteindre l'objectif fixé par la Convention internationale : la décision de licenciement est déjà prise par l'employeur. Par contre, l'entretien préalable offre au salarié « *la possibilité de se défendre contre les allégations formulées* » par son employeur **avant** d'être licencié, conformément à la Convention n° 158 de l'OIT.

Encore convient-il de préciser ce qu'il faut entendre par « *possibilité de se défendre* ». Le droit processuel enseigne que « *la liberté de la défense vise à donner aux justiciables les moyens d'organiser la contradiction, de sorte que celle-ci ne soit pas faussée par leur incompetence technique* » (18). La discussion entre l'employeur et le salarié lors de l'entretien préalable apparaît bel et bien faussée si les allégations de l'employeur ne sont pas connues du salarié avant la tenue de l'entretien.

Il en résulte, comme semble l'admettre la Cour d'appel de Paris, que l'article L. 1232-2 du Code du travail, qui impose à l'employeur de préciser « *l'objet de la convocation* » à l'entretien préalable au licenciement, doit s'entendre, à la lumière de la Convention n° 158 de l'OIT, comme créant une obligation d'information non seulement sur la nature de la décision envisagée, mais également sur les allégations qui fondent celle-ci. À tout le moins, l'employeur doit-il répondre, avant l'entretien préalable, à une demande d'éclaircissement formulée par le salarié menacé de licenciement ou de sanction. Ce qu'avait refusé l'employeur de Mme K.

Évidemment, cette solution prend la forme d'un revirement de jurisprudence. Mais il ne faut pas s'en étonner. Après une assez longue période d'ignorance, le droit international et européen occupe une place de plus en plus importante et les juges sont de plus en plus souvent invités à exercer leur contrôle de conventionalité. Il faut ainsi approuver la Cour d'appel de Paris lorsqu'elle interprète de façon nouvelle les exigences en matière de procédure préalable au licenciement – à la lumière de la Convention n° 158 de l'OIT.

À l'appui de la solution adoptée dans l'arrêt sous étude, il est également possible d'observer que les droits de la défense ne sont pas l'apanage des seuls procès. Les droits de la défense tendent, « *en raison de leur vertu* », à se diffuser « *hors de la sphère du procès pour innover (...) l'ensemble du droit* » (19). Les procédures sans procès sont ainsi susceptibles d'être concernées par le respect des droits de la défense, dès lors qu'elles mettent aux prises l'auteur d'une décision unilatérale et son destinataire (20) ; comme, par exemple, lorsque l'employeur prend une décision à l'encontre d'un salarié (21).

En droit positif, les droits de la défense sont, de ce fait, amenés à franchir les portes des entreprises, tout spécialement lors de la procédure de licenciement. C'est le cas, d'ailleurs, en matière de notification du licenciement (22).

Ce n'est pourtant pas l'orientation salutaire que semble adopter la Cour de cassation dans deux arrêts récents. Le 27 février 2013, à l'occasion d'une demande de QPC fondée précisément sur l'article L. 1232-3 du Code du travail, la Chambre sociale écarte la critique

(17) Conclue en 1982.

(18) Georges Wiederkher, « Droits de la défense et procédure civile », D. 1978, chron., p. 36.

(19) Pour reprendre le constat formulé par M. Loïc Cadiet, dans le *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, coll. Quadrige, rubrique « *Contradictoire* » : « *la vertu du rôle que joue le contradictoire dans le procès favorise sa diffusion hors de la sphère du procès pour innover, en vérité, l'ensemble du droit* ».

(20) Cf. Emmanuelle Lafuma, *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, LGDJ 2008.

(21) Cf. « Pour un affermissement des droits de la défense des salariés au sein de l'entreprise. Première partie : le droit à un débat contradictoire », précité.

(22) *Idem*.

fondée sur l'atteinte aux droits de la défense que constituerait le fait de ne pas reconnaître au salarié le droit d'accéder, avant la tenue de l'entretien préalable, au dossier constitué par son employeur. Elle considère que tant le bien-fondé de la décision de licenciement que les éléments de fait sur lesquels elle repose « *peuvent être débattus devant les juges* » (23). Un an plus tard, dans un arrêt du 18 février 2014, la Haute juridiction dénie le droit à un salarié d'obtenir, avant la notification de son licenciement, la communication de l'avis d'un conseil de discipline, au motif que « *la décision que l'employeur peut être amené à prendre à la suite de cet avis ou les éléments dont il dispose pour la fonder ont vocation, le cas échéant, à être ultérieurement discutés devant les juridictions de jugement* » (24).

La Cour de cassation semble ici mettre un frein à l'entrée des droits de la défense des salariés dans la procédure interne de licenciement, au motif que les salariés peuvent « *ultérieurement* » recourir au juge. L'argument peut apparaître un peu court quand on sait qu'à ce moment-là, les salariés auront été privés de leurs emplois et ne seront vraisemblablement pas réintégrés. Surtout, n'y a-t-il pas contradiction avec l'instauration par le législateur, et ce dès 1973, d'une procédure interne préalable au licenciement, procédure sans procès, destinée à éviter l'éviction (25) du salarié par un débat au cours duquel celui-ci doit pouvoir se défendre efficacement ?

Quoi qu'il en soit, nulle contradiction flagrante entre ces arrêts récents (et regrettables) de la Cour de

cassation et l'arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 7 mai 2014 : *stricto sensu*, leur objet est différent.

Il ne reste qu'à espérer que d'autres juridictions du fond, voire la Cour de cassation elle-même, se saisiront de la Convention n° 158 de l'OIT pour exiger de l'employeur qu'il motive sa lettre de convocation à l'entretien préalable ou, à tout le moins, qu'il réponde, avant la tenue de celui-ci, à une demande d'explications du salarié menacé dans son emploi.

Quant à la sanction du non-respect de cette obligation de motivation, la Cour d'appel de Paris a opté pour la nullité du licenciement. En effet, depuis 2001, la Cour de cassation admet que la nullité soit prononcée en cas de violation d'une liberté fondamentale (26). Or, les droits de la défense, tout comme l'égalité des armes, sont des droits fondamentaux consacrés jusqu'au niveau européen.

La solution adoptée par la Cour d'appel de Paris apparaît ainsi des plus logiques. Des plus téméraires, aussi : la Haute juridiction n'admet pas si facilement que cela de multiplier les cas de nullité du licenciement (27). C'est finalement beaucoup lui demander que d'opérer un revirement sur la convocation à l'entretien préalable et d'accepter un nouveau cas de nullité au lieu et place de ce qui pourrait apparaître comme une irrégularité de procédure.

« A cœur vaillant, rien d'impossible » !

Mireille Poirier, *Maître de conférences*
à l'Université de Bordeaux

(23) Cass. Soc. QPC 27 fév. 2013, n° 12-23213.

(24) Cass. Soc. 18 fév. 2014, n° 12-17557, RJS 5/14, n° 347.

(25) Ou la sanction.

(26) Cass. Soc. 13 mars 2001, BC, V, n° 87. Cf. François Gaudu, « Les nullités du licenciement et le « principe » pas de nullité sans texte », *Dr. Soc.* 2010, p. 151.

(27) Même si elle le fait opportunément. Cf. par exemple Cass. Soc. 6 fév. 2013, *Dr. Ouv.* 2013, p. 549, note Arnaud Mazières.