

## DROITS FONDAMENTAUX ET CONTENTIEUX SOCIAL

# Le recours aux droits procéduraux fondamentaux à l'occasion de l'exercice des pouvoirs patronaux\*

par Christelle VARIN,

Maître de conférences à l'Université Grenoble-Alpes, membre du CRJ

### PLAN

#### I. La réception des droits procéduraux fondamentaux à l'occasion de l'exercice des pouvoirs patronaux

- A. La place centrale des droits de la défense au sein des procédures légales en matière de licenciement et de sanction disciplinaire
- B. Le renforcement des droits de la défense au sein des procédures extralégales

#### II. La réception inachevée des droits procéduraux fondamentaux à l'occasion de l'exercice des pouvoirs patronaux

- A. Des droits de la défense à renforcer
- B. Un régime de sanctions à redéfinir

Évoquer la question des droits procéduraux fondamentaux hors des tribunaux peut sans doute surprendre tant les droits de la défense se rattachent traditionnellement au procès équitable. Reconnus comme principes fondamentaux en procédure civile, pénale ou administrative, ces droits tendent, « en raison de leurs vertus », à se diffuser « hors de la sphère du procès pour innover (...) l'ensemble du droit » (1).

En droit public, l'attractivité du procès équitable s'étend aux organes corporatistes et à certaines autorités administratives indépendantes (2). En droit privé, les garanties procédurales ont franchi les portes de l'entreprise. Des « procédures sans procès » (3) sont mises en place parce que « la procédure est enveloppe du pouvoir » (4). Les exigences procédurales requises par la loi ou par le juge pour l'exercice du pouvoir traduisent des impératifs de respect des droits de la défense et de participation de son destinataire à l'élaboration de la décision (5). Cela se vérifie en droit des groupements lorsqu'il est question d'exclure un membre ou de révoquer un dirigeant (6). Il résulte de la jurisprudence qu'en dépit du silence des textes, le principe du contradictoire impose que l'associé ou le dirigeant puisse débattre contradictoirement des motifs de son éviction avant le vote de celle-ci. Cela se vérifie aussi en droit du travail. L'entreprise est le siège du pouvoir patronal : pouvoir de direction, pouvoir normatif, pouvoir disciplinaire. Dans l'exercice de ses pouvoirs, l'employeur est amené à prendre des décisions qui sont susceptibles d'avoir des effets importants sur la situation du salarié, de sorte qu'elles ne sauraient être prises de manière arbitraire. La loi du 13 juillet 1973 marque le point de départ du processus qui veille à assurer le respect des droits de la défense du salarié, en encadrant l'exercice du pouvoir patronal à travers la mise en place de procédures particulières (7). Les termes mêmes « droits de la défense » figurent dans le Code du travail. Son article L. 1321-2 indique que le règlement intérieur doit rappeler « les dispositions relatives aux droits de la défense du salarié tels que définis aux articles L. 1332-1 et 3 ou par la convention collective applicable ».

(\*) La notion de « pouvoirs patronaux » est entendue, dans le cadre de cette contribution, de manière étroite et se limite à l'exercice par l'employeur de son pouvoir disciplinaire et de son pouvoir de licencier le salarié.

(1) Expression de L. Cadiet, in *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, coll. Quadrige, rubrique « *Contradictoire* ».

(2) F. Sudre et C. Picheval, « L'extension des garanties du procès équitable hors des juridictions ordinaires : les contraintes européennes », Institut de droit européen des droits de l'Homme, Université de Montpellier, novembre 2002.

(3) Selon la formule de S. Guinchard, cité par T. Grumbach, « Procéduralisation et processualisation en droit du travail », *Études offertes à Jean Pélissier*, Dalloz 2004, p. 271.

(4) A. Lyon-Caen, préface de la thèse de E. Lafuma, *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, Bibliothèque de droit social, LGDJ, tome 46.

(5) E. Lafuma, *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, préc.

(6) M. Germain et R. Vatinet, « Le pouvoir disciplinaire des personnes morales de droit privé », in *Mélanges offerts à Y. Guyon*, Dalloz 2003, p. 397, spéc. pp. 410 et s. ; A. Bennini, « La procéduralisation du droit des sociétés », *RTD Com.* 2010, p. 499.

(7) En matière disciplinaire, c'est la loi n° 82-689 du 4 août 1982 sur les libertés des travailleurs dans l'entreprise qui a mis en place une procédure particulière. M. Poirier, « Pour un affermissement des droits de la défense des salariés au sein de l'entreprise », *Dr. Ouvr.* 2010, p. 516.

Pour appréhender ce phénomène, les uns parlent de judicialisation (8), comprise comme « l'extension à des procédures non juridictionnelles des garanties requises d'un tribunal », d'autres de procéduralisation (9), de substantialisation (10), ou encore de fondamenta- lisation (11). Au-delà des termes, il s'agit d'« introduire un débat loyal et contradictoire au sein même du processus unilatéral de prise de décision » (12) et donc d'identifier les règles qui, s'exprimant par des procédures spécifiques, des obligations particulières, contribuent à instaurer, à l'occasion de l'exercice par l'employeur de ses pouvoirs patronaux, des critères similaires à ce qui caractérise le procès équitable. Comme le relève Monsieur Duquesne, « les garanties que sont le droit à l'information (...) ou le droit d'exposer une défense (...) constituent le respect des droits de la défense et, à ce titre, peuvent être érigées au rang de garanties fondamentales » (13).

Il ne fait pas de doute qu'en droit processuel, les droits de la défense sont des droits fondamentaux consacrés par de nombreux textes internationaux : article 6 §1 de la Convention européenne de sauve- garde des droits de l'Homme, articles 47 et 48 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. La réception des droits procéduraux fondamentaux en droit du travail peut, en outre, s'appuyer sur des textes plus spécifiques, tels l'article 7 de la convention n° 158 de l'OIT, qui exige qu'en cas de licenciement soit offerte aux salariés « la possibilité de se défendre ».

Nos plus hautes juridictions y font aussi expres- sément référence. Le Conseil constitutionnel les qualifie de « droits fondamentaux à caractère consti- tutionnel » (14) et déclare que « le principe des droits de la défense impose le respect d'une procédure contradictoire dans le cas de licenciement (...) disci- plinaire » (15). Le Conseil d'État a érigé en principe général du droit le principe selon lequel une sanction

ne peut (...) être prononcée légalement sans que « son destinataire n'ait été mis en mesure de présenter utilement sa défense » (16). Quant à la Cour de cassation, elle tend à se présenter en gardienne des droits de la défense. Des arrêts de la Chambre sociale renforcent l'application du principe du contradic- toire dans le processus légal conduisant à la prise de sanction ou à la rupture du contrat de travail. De même, en qualifiant une règle de procédure de garantie de fond, elle affiche sa volonté de considérer que « le respect de la procédure participe d'une prise de décision éclairée » et confère à la mesure en cause un statut qui lui assure une bien meilleure efficience (17). D'autres décisions touchent à l'exercice des droits de la défense dans le cadre d'un contentieux opposant le salarié à son employeur. La Chambre sociale déclare nul le licenciement d'un salarié en riposte à l'action en justice exercée par ce dernier pour faire valoir ses droits (18) en ce qu'il porte atteinte à la « liberté fondamentale de la défense ». La Chambre criminelle décide, à propos de la soustraction frauduleuse, par le salarié, de documents appartenant à son employeur, que la qualification de vol doit être écartée, les droits de la défense constituant un fait justificatif de l'infraction (19).

Pour autant, la diffusion des droits de la défense hors des tribunaux ne signifie pas la transposition pure et simple des droits dégagés en droit processuel. En ce domaine, les droits de la défense s'entendent comme l'ensemble des garanties qui assurent aux plaideurs la possibilité de faire valoir leurs intérêts devant un tiers impartial. La notion recouvre le principe du contra- dictoire qui en est le noyau dur (20), le principe de l'égalité des armes, le caractère public de l'audience, l'exigence de motivation (21). Rapportés à l'entre- prise, les droits de la défense voient leur contenu adapté (22). À propos de l'exclusion d'un associé, la Chambre commerciale retient qu'il n'est pas exigé que la procédure d'exclusion présente les mêmes

(8) F. Sudre et C. Picheval, préc.

(9) T. Grumbach, « Procéduralisation et processualisation en droit du travail », préc., spéc., p. 261.

(10) X. Lagarde, *Les évolutions du droit privé (contractualisation et procéduralisation)*, Université de Rouen, Publication de l'Université de Rouen, 2004, p.141.

(11) Y. Pagnerre, « La « fondamenta- lisation » de la procédure de licenciement », CSBP 2015 p. 276.

(12) T. Grumbach et E. Serverin, « Réflexions sur la « substantialisation » des droits de la défense et du principe du contradictoire dans les procédures préalables aux décisions de l'employeur », RDT 2011, p.126.

(13) F. Duquesne, « Les droits de la défense du salarié menacé de licenciement - Esquisse d'une réforme de la procédure de licenciement individuel », DS 1993, p. 847.

(14) Cons. constit. 13 août 1993, n°93-325, DS 1994, p.69, étude J.J. Dupeyroux et X. Prétot. La formule a été reprise par la Cour de cassation, Ass. Plén. 30 juin 1995, Bull. ass. plén., n°4.

(15) Cons. constit. 30 mars 2006, n°2006-535, DC, consid. 24.

(16) CE, 26 octobre 1945, *Aramu*, Rec., p. 213.

(17) S. Frossard, « La sanction de la violation d'une procédure disciplinaire conventionnelle, signe de la procéduralisation du droit du travail », D. 2001, p. 417.

(18) Cass. Soc. 16 mars 2016, n°14-23.589, à paraître au Bull. ; Cass. Soc. 6 février 2013, Bull. civ. V, n°27, RDT 2013, p.630, obs. P. Adam, Dr. Ouv. 2013, p. 550, obs. A. Mazières.

(19) La production des documents en cause doit être strictement nécessaire à l'exercice de la défense du salarié dans le litige l'opposant à son employeur, par exemple, Cass. Crim. 21 juin 2011, JCP S 2011, 1475, obs. A. Martinon.

(20) L. Ascensi, *Du principe de la contradiction*, thèse LGDJ, Bibliothèque de Droit privé, 2006, tome 454.

(21) S. Guinchard, F. Ferrand, *Procédure civile*, Précis Dalloz, n°710.

(22) M. Poirier, préc., spéc. p. 517.

garanties que celles qui doivent être données aux parties à un procès (23). Elle déclare ainsi que le droit à être assisté par un avocat est sans application, l'assemblée générale des associés n'étant pas un organe juridictionnel, mais un organe de gestion interne à la société. De même, la Chambre sociale affirme que le principe du droit au procès équitable ne s'applique pas au stade non juridictionnel de l'entretien préalable et refuse de renvoyer une QPC portant sur l'article L. 1232-3 du Code du travail au

motif que le bien-fondé de la décision de licenciement et les éléments de fait peuvent être débattus devant un juge (24). Des résistances à la reconnaissance pleine et entière des droits de la défense dans l'entreprise se manifestent donc encore (25).

C'est en partant de ce constat que nous verrons que, si la réception des droits de la défense à l'occasion de l'exercice par l'employeur de ses pouvoirs patronaux ne peut plus aujourd'hui être contestée (I), celle-ci est loin d'être achevée (II).

## I. La réception des droits procéduraux fondamentaux à l'occasion de l'exercice des pouvoirs patronaux

Cette réception des droits procéduraux fondamentaux peut être constatée tant dans le cadre des procédures légales mises en place (A) pour encadrer la prise de décision patronale que dans le cadre de procédures extralégales (B).

### A. La place centrale des droits de la défense au sein des procédures légales en matière de licenciement et de sanction disciplinaire

En formulant l'exigence de motivation de la sanction disciplinaire (26) et du licenciement (27), le législateur, avec le soutien de la Cour de cassation, donne au salarié les moyens de connaître les raisons qui justifient la décision patronale et, par là-même, d'évaluer l'intérêt que présenterait pour lui une action judiciaire visant à contester la mesure dont il a fait l'objet. Ainsi, l'obligation d'énoncer des motifs précis (28) trouve ses racines dans la protection des droits de la défense des salariés (29).

Au-delà, l'exigence d'organiser un entretien préalable révèle l'existence d'un droit à un débat contradictoire (30) avant toute prise de décision. Pierre angulaire de la procédure légale, l'obligation d'organiser un entretien est entendue de manière large (1.) et ses modalités placées sous le signe du respect des droits de la défense (2.).

### 1. L'obligation d'organiser un entretien préalable : une obligation entendue largement

Le Conseil d'État décide que l'entretien préalable constitue une « *formalité substantielle* » (31) justifiant que l'autorité administrative rejette toute demande d'autorisation de licenciement d'un salarié protégé qui n'en a pas bénéficié (32).

La Cour de cassation, quant à elle, affirme avec constance que l'obligation d'organiser un entretien préalable doit être entendue de manière extensive. Elle s'applique lorsque l'employeur envisage non seulement de licencier un salarié, mais aussi de mettre fin de manière anticipée à un CDD ou à un préavis pour faute grave (33). Dans un arrêt du 15 avril 2015, elle rappelle que l'échange de lettres et de courriels ne saurait remplacer un entretien (34). Enfin, plus récemment encore, un arrêt du 16 septembre 2015 donne l'occasion aux magistrats d'indiquer qu'un nouvel entretien doit être organisé dans l'hypothèse particulière où l'employeur envisage de prononcer un licenciement au lieu et place d'une autre sanction, en l'espèce une rétrogradation, que le salarié a refusée (35).

(23) Cass. Com. 10 mai 2006, Rev. Soc. 2007, p. 70, n. L. Godon.

(24) Cass. Soc. 27 février 2013, QPC, n° 12-23.213.

(25) En ce sens, M. Poirier, préc.

(26) Cass. Soc. 26 janvier 1989, Bull. civ. V, n° 77.

(27) Cass. Soc. 14 mai 1996, Bull. civ. V, n° 189.

(28) Cass. Soc. 29 novembre 1990, Bull. civ. V, n° 598.

(29) M. Poirier, préc., spéc. p. 521.

(30) J. Savatier, « L'entretien préalable au licenciement », DS 1991, p. 259.

(31) Citant les propos du président Odent, Madame le rapporteur Dumortier rappelle que « *une formalité est réputée substantielle ou bien si elle peut avoir une influence sur le sens de la décision à prendre ou bien si elle constitue une garantie pour les intéressés* », concl. sous CE 7 juillet 2010, n° 318.139, RDT 2010, p. 51.

(32) CE 12 juillet 1995, *Dondi*, Lebon ; CE 19 septembre 2014, *Mme A.*, Lebon.

(33) Cass. Soc. 19 février 2014 et Cass. Soc. 14 mai 2014, JCP S 2014, 1397, nos obs.

(34) Cass. Soc. 15 avril 2015, n°13-17.734, inédit (procédure conventionnelle de mise à la retraite).

(35) Cass. Soc. 16 septembre 2015, n°14-10.325, RDT 2015, p. 939, n. J. Mouly.

## 2. Des modalités d'organisation de l'entretien préalable, placées sous le signe du respect des droits de la défense

Au regard de certaines décisions de la Cour de cassation, on peut affirmer que, lors de l'entretien préalable, le salarié bénéficie de droits renforcés (a) et que pèsent sur l'employeur des obligations particulières (b).

### a. Les droits renforcés du salarié

Le salarié a, tout d'abord, le droit de bénéficier d'un entretien individuel personnel, ce qui exclut la présence d'autres salariés concernés par une décision comparable (36). Il dispose, ensuite, de la liberté de ne pas se présenter à l'entretien. Celui-ci est organisé dans l'intérêt exclusif du salarié pour lui permettre de savoir ce que l'employeur lui reproche et de donner sa propre version des faits (37). Il lui est aussi reconnu la liberté de ne pas se présenter seul à l'entretien, mais de venir accompagné d'un tiers. Même si ce droit à assistance est défini de manière restrictive (38), il donne au salarié la possibilité de choisir d'être, ou non, assisté et, dans l'affirmative, de choisir quelle personne sera présente à ses côtés. Enfin, le salarié jouit d'une liberté de parole lors de l'entretien préalable, liberté essentielle à l'exercice des droits de la défense. Il importe, en effet, que, durant l'entretien, le salarié puisse développer son argumentation et l'exprimer sans entraves, même si cela peut le conduire à proférer, en termes vifs, des reproches à l'employeur. Soucieuse de protéger cette liberté d'expression, la Cour de cassation affirme que les paroles prononcées à cette occasion ne peuvent, sauf abus, constituer une cause de licenciement (39).

### b. Les obligations particulières de l'employeur

Trois obligations particulières sont mises à la charge de l'employeur. Obligation, tout d'abord, de préparer activement l'entretien préalable en adressant au salarié une convocation écrite, contenant un certain nombre de mentions obligatoires tels que l'objet de l'entretien, ses modalités concrètes et le rappel du droit d'être assisté. Obligation, ensuite, de respecter un délai entre la convocation et la tenue effective

de l'entretien préalable afin de laisser au salarié le temps nécessaire de s'y préparer. Palliant le silence des textes, la Cour de cassation n'a pas hésité, en matière disciplinaire, à décider que « le salarié devait être averti suffisamment à l'avance du moment et de l'objet de l'entretien pour être en mesure de préparer sa défense [et de recourir éventuellement à l'assistance d'un membre du personnel] » (40). Elle a, en outre, récemment rappelé, à propos des modalités de calcul du délai légal prévu en matière de licenciement, que « le salarié doit disposer d'un délai de cinq jours ouvrables pleins pour préparer sa défense » (41). Obligation, enfin, de se comporter comme un interlocuteur actif et attentif (42). Les termes des textes sont explicites (43) : « l'employeur doit indiquer les motifs de la décision envisagée et recueillir les explications du salarié ». L'entretien préalable est donc conçu comme un lieu d'échange, de discussion, d'écoute réciproque, et la Cour de cassation y veille. Elle vérifie que les faits invoqués dans la lettre de licenciement ont bien fait l'objet d'une discussion préalable, dans une langue compréhensible par les deux parties (44). Elle n'hésite pas à sanctionner l'employeur qui ne fournirait aucune explication (45) ou qui envisagerait l'entretien comme une véritable enquête (46) ou, au contraire, comme une simple audition (47).

## B. Le renforcement des droits de la défense au sein des procédures extra-légales

Par deux arrêts de 9 janvier 2013, la Cour de cassation affirme, dans un attendu de principe identique, que la disposition d'une convention collective qui « institue une protection des droits de la défense supérieure à celle prévue par la loi constitue une garantie de fond dont la méconnaissance prive le licenciement de cause réelle et sérieuse » (48).

Appliquée pour la première fois dans un arrêt du 23 mars 1999 (49), la notion de garantie de fond a été retenue, par la suite, à de très nombreuses reprises, en présence de règles procédurales mises en place non seulement par des conventions collectives, mais aussi par des règlements intérieurs (50), ou encore des documents n'ayant pas pour objet naturel d'organiser

(36) Cass. Soc. 23 avril 2003, RJS 2003, n° 861. 23 ; CA Dijon, 18 septembre 2008, RJS 2009, n° 303.

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

(38) Sur cette question, M. Poirier, préc. p. 524.

(39) Cass. Soc. 19 juin 1991, Bull. civ. V, n° 310.

(40) Cass. Soc. 13 juin 1991, Bull. civ. V, n° 296 ; Cass. Soc. 19 mars 1991, Bull. civ. V, n° 146.

(41) Cass. Soc. 3 juin 2015, n° 14-12.245, à paraître au Bull.

(42) E. Lafuma, préc., spéc. § 108.

(43) Art. L. 1232-3 et L. 1332-2 C. trav.

(44) Cass. Soc. 8 janvier 1997, Bull. civ. V, n° 4.

(45) Cass. Soc. 19 juin 1991, préc..

(46) Cass. Soc. 20 janvier 2016, n° 14-21.346, Dr. Ouvr. mai 2016, p. 271, n. P. Dulmet.

(47) Contra F. Taquet, « Réflexions sur l'entretien préalable au licenciement », JCP 1993, éd. E, n° 245.

(48) Cass. Soc. 9 janvier 2013, n° 11-25.646, Bull. civ. V, n° 1.

(49) Cass. Soc. 23 mars 1999, Bull. civ. V, n° 134.

(50) Art. L. 1321-1 C. trav.

les relations entre employeur et salariés, tels qu'un règlement de copropriété (51) ou un pacte d'actionnaires (52).

Faute d'une position claire de la Chambre sociale sur ce point (53), le critère retenu pour qualifier une règle procédurale de garantie de fond semble devoir être recherché dans l'objet même de la mesure (54). Il peut s'agir, tout d'abord, de limiter les pouvoirs de l'employeur (55). Sont ainsi des garanties de fond les mesures qui sont « *de nature à éviter le licenciement* », et qui participent au bien-fondé de la décision patronale (56). Il peut aussi être question, et c'est ce qui nous intéresse, de renforcer les droits de la défense du salarié dans le processus conduisant à la prise de sanction ou à la rupture du contrat de travail.

On peut, certes, regretter le choix des termes « garantie de fond » en ce qu'ils conduisent à opérer une confusion entre règles de procédure et règles de fond, distinction consacrée par le Code du travail. Néanmoins, cette jurisprudence témoigne de la place essentielle des droits de la défense, à l'occasion de l'exercice par l'employeur de ses pouvoirs.

Deux types de dispositions méritent être distingués : le premier regroupe des mesures qui renforcent, en tant que tels, les droits du salarié (1.) alors que le second met, à la charge de l'employeur, une obligation d'information particulière (2.).

### 1. Les mesures tendant à renforcer les droits de la défense du salarié

La jurisprudence nous en fournit trois exemples principaux (57). Le premier concerne l'obligation faite à l'employeur de notifier, par écrit, au salarié, avant l'entretien préalable, les motifs de la décision qu'il envisage de prendre (58). Permettant à ce dernier d'être informé, à l'avance, des griefs qui lui sont reprochés, une telle mesure renforce sans conteste le droit du salarié à un débat contradictoire, au-delà de

ce qu'imposent, *a priori*, les règles légales (59).

Le deuxième repose sur l'obligation de communiquer, dans un délai suffisant, au salarié son dossier disciplinaire et l'ensemble des pièces relatives aux faits qui lui sont reprochés, avant d'être auditionné devant un conseil disciplinaire. Nul ne contestera, là encore, que la connaissance de ces éléments donne au salarié la possibilité de savoir avec précision ce qui lui est reproché et de préparer au mieux sa défense (60).

Enfin, une dernière mesure peut être citée, celle relative au droit, pour le salarié, de saisir un conseil disciplinaire et d'être entendu par ce dernier (61). Que l'avis rendu soit purement consultatif importe peu. Il convient, en revanche, de s'assurer que le salarié a pu être, effectivement, auditionné par cet organe pour faire valoir, à nouveau, son point de vue et répondre aux arguments mis en avant par l'employeur (62). Opérant un revirement, un arrêt du 17 décembre 2014 déclare que la composition du conseil de discipline doit être conforme aux exigences d'impartialité, bien connues en droit processuel (63). Tel n'était pas le cas, en l'espèce, puisque la personne chargée de l'instruction du dossier assurait aussi les fonctions de président du conseil de discipline (64).

### 2. L'obligation d'information pesant sur l'employeur

Dans un arrêt du 10 avril 2013, la Cour de cassation décide que le défaut d'information du salarié, relatif à la possibilité de saisir un conseil de discipline prévue par la convention collective, le prive d'une garantie de fond, de sorte que le licenciement prononcé est dénué de cause réelle et sérieuse (65). La consécration d'une telle obligation d'information, même en l'absence de disposition conventionnelle expresse en ce sens (66), assure l'effectivité de la protection renforcée des droits fondamentaux de la défense du salarié. Elle en constitue, en quelque sorte, l'accessoire indis-

(51) Ass. Plén. 5 mai 2010, JCP S 2010, 1187, obs. C. Puigelier.

(52) Cass. Soc. 18 mars 2009, JCP S 2010, 1007, n. R. Chriss et V. Manigot.

(53) Ph. Waquet, obs. sous Cass. Soc. 16 mai 2007, RDT 2007, p. 455.

(54) C. Varin, « Les critères de la notion de « garantie de fond » », JCP S 2013, 1356.

(55) Il en est ainsi des dispositions qui limitent les motifs susceptibles de justifier le licenciement (Cass. Soc. 25 octobre 2005, Bull. civ. V, n° 301), qui subordonnent celui-ci à l'existence d'une sanction antérieure (Cass. Soc. 13 février 2013, n° 11-27.615, inédit), à l'autorisation préalable d'une tierce personne (Cass. Soc. 5 avril 2005, Bull. civ. V, n° 119) ou au respect d'un délai de notification particulier (Cass. Soc. 27 mars 2013, Bull. civ. V, n° 86).

(56) S. Tournaux, « Les garanties procédurales fondamentales », DS 2015, p. 389.

(57) V. aussi l'obligation d'organiser un second entretien préalable, avant la notification du licenciement : Cass. Soc. 23 septembre 2014, n° 13-16.184, inédit.

(58) Cass. Soc. 9 juillet 2014, n° 13-17.271, inédit.

(59) Si, malgré l'absence de notification écrite, le salarié a pu assurer utilement sa défense, l'irrégularité commise par l'employeur, au regard des dispositions conventionnelles, ne prive pas, pour autant le licenciement de cause réelle et sérieuse : Cass. Soc., 27 juin 2012, JCP S 2012, 1463, obs. S. Brissy.

(60) Cass. Soc. 16 janvier 2013, n° 11-22.584, inédit.

(61) Cass. Soc. 16 septembre 2008, n° 07-41.532, Bull. civ. V, n° 159.

(62) Cass. Soc. 16 septembre 2008, préc.

(63) Cass. Soc. 17 décembre 2014, n° 13-10.444, Bull. civ. V, n° 297. V. aussi Cass. Soc. 1<sup>er</sup> avr. 2015, n° 13-26.706, inédit. antérieurement : Cass. Soc. 31 janvier 2007, n° 03-42.500.

(64) Cass. Soc., 9 juillet 2008, JCP S 2008, 1614, obs. L. Draï et F. Méreau ; Cass. Soc. 13 septembre 2005, JCP S 2005, 1374, obs. C. Pizzio-Delaporte.

(65) Cass. Soc. 10 avril 2013, n° 11-25.639, inédit.

(66) Cass. Soc. 9 juillet 2008, préc.

pensable (67), et doit, à ce titre, en suivre le régime juridique.

Les modalités de cette obligation devraient, dès lors, s'entendre de manière large : l'information devrait être exhaustive et porter sur le contenu exact et précis des garanties supplémentaires (68). À défaut, une information parcellaire, inexacte, pourrait être considérée comme portant atteinte à l'exercice effectif des droits de la défense par le salarié (69). Des arrêts récents de la Cour de cassation semblent cependant

remettre en cause cette analyse. Ainsi, l'information sur les modalités concrètes d'exercice des droits ne serait due que si la convention collective le prévoit expressément (70). Par ailleurs, dans un arrêt du 6 avril 2016, les Hauts magistrats affirment que l'indication d'un délai erroné sur la faculté offerte au salarié de saisir un conseil de discipline ne constitue pas la violation d'une garantie de fond, dès lors que cela n'a eu aucune incidence sur la possibilité pour le salarié de préparer sa défense (71).

## II. La réception inachevée des droits procéduraux fondamentaux à l'occasion de l'exercice des pouvoirs patronaux

La place qu'occupent, aujourd'hui, les droits de la défense d'un salarié ne peut être pleinement appréhendée sans référence à d'autres branches du droit, et notamment à celle de la fonction publique, en raison de la similitude de leur objet.

Force est de constater qu'en cette matière, il existe un ensemble de principes généraux, plus protecteur et plus respectueux des droits de la défense, ce qui nous amène à envisager de renforcer le contenu des droits de la défense du salarié (A). Par ailleurs, la nature fondamentale des garanties de procédure en cause impose de s'assurer que ces règles ne sont pas reléguées au rang de formalités accessoires ou de simples règles du jeu, car « *c'est la sanction d'une règle qui mesure son efficacité* » (72). En la matière, le régime de sanctions mériterait sans doute d'être redéfini (B).

### A. Des droits de la défense à renforcer

En droit de la fonction publique, sont reconnus à tout fonctionnaire, objet d'une procédure disciplinaire, le droit d'accéder à son dossier, droit qualifié de « *garantie essentielle* » (73), le droit de présenter ses observations écrites ou verbales devant l'instance de

discipline (74), le droit d'être assisté par un défenseur, qui peut être un avocat (75), le droit d'appeler des témoins (76).

En droit privé du travail, sous réserve de conventions collectives ou d'engagements unilatéraux en ce sens, ni la loi, ni la jurisprudence ne reconnaissent de telles garanties. Les droits de la défense du salarié sont encore trop souvent malmenés. Il en est ainsi de l'absence d'indication, dans la lettre de convocation, des raisons qui conduisent l'employeur à déclencher une procédure disciplinaire ou de licenciement (1.), ou encore de l'absence de droit de report de l'entretien préalable en cas d'indisponibilité avérée et objective du salarié (2.) (77).

### 1. Un renforcement des droits de la défense par la notification des griefs dans la lettre de convocation à l'entretien préalable

Au terme d'une jurisprudence constante, la Cour de cassation affirme que l'employeur n'a pas l'obligation légale d'indiquer les motifs de la décision envisagée dans la lettre de convocation (78). Cependant, certaines juridictions du fond tentent

(67) L. Draï, obs. sous Cass. Soc. 21 octobre 2008, préc.

(68) L'employeur doit indiquer au salarié toutes les voies de recours dont il dispose (Cass. Soc. 27 juin 2012, JCP S 2012, préc.), les délais pour les exercer ou encore l'adresse de la commission (Cass. Soc. 14 mars 2012, n° 10-24.247, inédit).

(69) S. Brissy, préc.

(70) Cass. Soc. 22 octobre 2014, DS 20152, p. 86, obs. J. Mouly. V. aussi, Cass. Soc. 10 décembre 2015, n° 14-21.149 (procédure conventionnelle de mutation)

(71) Cass. Soc. 6 avril 2016, n° 14-21.530, à paraître au Bull.

(72) A. Solus et G. Perrot, *Droit judiciaire privé*, Sirey 1961, tome 1, n° 395, cité par F. Duquesne, préc., DS 1993, p. 847.

(73) F. Bottini, « La juridictionnalisation du régime disciplinaire des agents publics », RDP 2007, p. 1179.

(74) CE Sect., 19 avril 1968, *Conseil départemental de l'ordre des médecins du Puy-de-Dôme*, Rec., p. 254.

(75) CE 30 octobre 1959, *Marcoulet*, Rec., p. 568. Cette solution a été confirmée par les textes organisant la procédure disciplinaire

dans les trois fonctions publiques. V. Décret n° 84-961 du 25 octobre 1984, relatif à la procédure disciplinaire concernant les fonctionnaires de l'État, JORF, 27 octobre 1984, p. 3366, art. 1 ; Décret n° 89-677 du 18 septembre 1989, relatif à la procédure disciplinaire applicable aux fonctionnaires territoriaux, JORF, 19 septembre 1989, p. 11819, art. 4 ; Décret n° 89-822 du 7 novembre 1989, relatif à la procédure disciplinaire applicable aux fonctionnaires relevant de la fonction publique hospitalière, JORF, 8 novembre 1989, pp. 13960, art. 1<sup>er</sup>. L'obligation est qualifiée de « *formalité substantielle* » (CE 17 juin 1988, *Labrosse*, Rec., p. 244).

(76) Décret n° 84-961 du 25 octobre 1984, préc., p. 3367, art. 3 ; Décret n° 89-677 du 18 septembre 1989, préc., p. 11819, art. 6, al. 2 ; Décret n° 89-822 du 7 novembre 1989, préc., art. 2.

(77) On peut aussi évoquer le droit limité du salarié à être assisté lors de l'entretien (sur cette question, v. M. Poirier, préc., spéc. pp. 537 et s.) ou l'absence de droit à obtenir, avant la notification du licenciement, la communication de l'avis rendu par le conseil de discipline (Cass. Soc. 18 février 2014, RJS 5/14, n° 347).

(78) Cass. Soc. 4 novembre 1992, DS 1992, p. 1002.

de résister. Il en est ainsi de la Cour d'appel de Paris qui a rendu un arrêt remarqué, le 7 mai 2014 (79), ou encore du Conseil des prud'hommes d'Évreux, dans une décision du 26 mai 2015 (80). Dans ces affaires, les juges parisiens et normands relèvent, dans des termes identiques, que « *l'entretien préalable constituant la seule étape de la procédure pendant laquelle le salarié a légalement le droit de s'expliquer sur des faits qui lui sont reprochés (...), le respect des droits de la défense implique effectivement que celle-ci puisse être préparée (...) 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 celui-ci s'appête à articuler à l'encontre de son salarié* ». Pour fonder leur solution, les juges interprètent l'article L.1232-2 du Code du travail à la lumière de la convention n° 158 de l'OIT. Exigeant qu'en cas de licenciement soit offerte « *la possibilité pour le salarié de se défendre contre les allégations formulées* », l'article 7 de la convention internationale imposerait que soient donnés au salarié les moyens d'organiser la contradiction et de veiller à ce que la discussion ne soit pas faussée (81).

Une telle analyse est critiquée par certains auteurs, relevant que les juges ajouteraient au texte français une condition qui n'y figure pas (82), ou que les travaux préparatoires de la convention n° 158 commanderaient une interprétation *a minima* des droits de la défense. Ces arguments ne nous semblent pas totalement convaincants au regard de la diffusion des droits procéduraux fondamentaux dans les rapports entre employeur et salarié (83). L'objectif d'organiser un véritable débat contradictoire ne peut être pleinement atteint qu'à la condition que le salarié soit informé au préalable de ce qui lui est reproché. Le pas à franchir est, somme toute, limité et pourrait s'appuyer sur les textes existants, interprétés de manière plus large qu'ils ne le sont actuellement.

Néanmoins, un arrêt du 6 avril 2016 donne l'occasion à la Cour de cassation de maintenir fermement sa position et de tenter de clore le débat. Elle déclare que « *l'énonciation de l'objet de l'entretien dans la lettre de convocation adressée au salarié par un employeur qui veut procéder à son licenciement et la tenue d'un entretien préalable au cours duquel le salarié, qui a la faculté d'être assisté, peut se défendre contre les griefs*

*formulés par son employeur, satisfont à l'exigence de loyauté et du respect des droits du salarié* » au regard de l'article 7 de la convention OIT n° 158 (84). La lettre de convocation n'a donc pas, selon les Hauts magistrats, à contenir l'énoncé des griefs reprochés au salarié afin de lui permettre de préparer utilement sa défense.

## **2. Un renforcement des droits de la défense par l'organisation de l'entretien préalable en cas d'indisponibilité du salarié**

Malgré son rôle essentiel dans la procédure, l'entretien préalable n'a pas toujours lieu en pratique. Deux cas méritent d'être distingués. Soit le salarié, par une volonté claire et non équivoque, ne souhaite pas s'y rendre. Il en a le droit, puisque l'entretien préalable est organisé dans son intérêt exclusif (85). Soit il est dans l'impossibilité d'y être présent pour une cause extérieure à sa volonté, par exemple parce qu'il est malade. Dans de telles circonstances, le salarié ne devrait-il pas être en droit d'obtenir de l'employeur un report de l'entretien préalable ?

Par un arrêt de principe du 25 novembre 1992, la Cour de cassation répond par la négative. Elle affirme que « *l'employeur a pour seule obligation de convoquer régulièrement le salarié malade à un entretien préalable au licenciement. Il n'est pas tenu de faire droit à la demande de l'intéressé sollicitant une nouvelle convocation* » (86). Ainsi, aucune diligence supplémentaire n'est mise à la charge de l'employeur (87). Il n'est pas tenu de rechercher les motifs de l'absence du salarié, pas plus qu'il n'est tenu de réitérer la convocation. Au contraire, la procédure va se poursuivre normalement et la décision patronale pourra même être notifiée (88).

Si l'intérêt de l'entreprise commande de ne pas retarder inutilement et indûment la prise de décision patronale, il importe aussi de veiller au respect des droits de la défense, ce qui devrait amener à envisager d'aménager l'entretien préalable en cas d'indisponibilité du salarié (89). Si celle-ci est de courte durée, pourquoi ne pas admettre un report ? De droit dans le cas où l'entretien est fixé en dehors des plages horaires durant lesquelles le salarié malade est autorisé à sortir, il serait, au-delà, facultatif.

(79) CA Paris, 7 mai 2014, Dr. Ouvr. 2014, p. 862, n. M. Poirier ; Sem. Soc. Lamy, 2014, n° 377/378, obs. critiques S. Ardiller. *Contra* : CA Paris, 21 mai 2014, n° 12/08687 ; 28 juin 2011, n° 511/00581 ; CA Versailles, 18 juin 2014, n° 12/00583 ; 28 juin 2012, n° 11/01371.

(80) CP Evreux, 26 mai 2015, Dr. Ouvr. 2015, p. 535, n. N. Capron ; CSBP 2015, p. 367, n. critique Y. Pagnerre.

(81) F. Duquesne, préc.

(82) Y. Pagnerre, préc.

(83) M. Poirier, préc., spéc. p. 525.

(84) Cass. Soc. 6 avril 2016, n° 14-23.198, à paraître au Bull.

(85) *Supra*, I.

(86) Cass. Soc. 25 novembre 1992, JCP E 1993, 463, obs. F. Duquesne.

(87) Cass. Soc. 15 mai 1991, RJS 6/91, n° 740 ; Cass. Soc. 26 mai 2004, n° 02-40.681.

(88) Sous réserve des restrictions légales prévues au profit de certains salariés.

(89) F. Duquesne, préc., DS 1993, p. 847.

Si l'indisponibilité du salarié se prolonge dans le temps, la demande de report perd son intérêt. D'autres solutions pourraient alors être envisagées, comme la possibilité pour le salarié de communiquer par écrit ses observations (90). La solution est sans doute imparfaite, en ce qu'elle tend à substituer une procédure écrite à un débat oral et contradictoire (91). Elle permettrait, malgré tout, au salarié indisponible de répondre aux griefs de l'employeur et de présenter ses propres arguments. Une partie de la doctrine appelle même le législateur à aller plus loin en consacrant le droit pour le salarié de désigner une personne chargée de le représenter durant l'entretien (92). Autant de solutions déjà retenues en droit de la fonction publique (93).

## B. Un régime de sanctions à redéfinir

Il découle d'une jurisprudence bien établie que le non-respect de la procédure cause, nécessairement, un préjudice au salarié (94). Il n'en demeure pas moins que le régime de sanctions se révèle complexe et peu cohérent (1.), de sorte qu'il convient de se demander si une nouvelle définition des sanctions applicables ne devrait pas être envisagée (2.).

### 1. Un régime de sanctions complexe et peu cohérent

Les sanctions appliquées en cas d'irrégularité de procédure sont, pour le moins, hétérogènes, que ces sanctions résultent des textes ou de la jurisprudence.

La loi elle-même prévoit des sanctions différentes selon que le manquement de l'employeur concerne la procédure disciplinaire ou celle du licenciement. En matière disciplinaire, il résulte de l'article L. 1333-2 du Code du travail que « *le conseil des prud'hommes peut annuler une sanction irrégulière en la forme* ». Ainsi, en cas de violation des garanties procédurales légales, mais aussi extralégales (95), il appartient au juge d'user de son pouvoir d'appréciation pour décider si l'annulation de la sanction disciplinaire doit être prononcée (96). Pour autant, lorsque la sanction est un licenciement, la nullité est expressément écartée (97).

En matière de licenciement, en effet, en cas de non-respect de la procédure, l'article L.1235-2 du Code du travail prévoit que « *le juge impose à l'employeur d'accomplir la procédure prévue et accorde aux salariés une indemnité qui ne peut être inférieure à un mois de salaire* ». Néanmoins, s'agissant de la première sanction, la Cour de cassation décide, d'une part, que les juges du fond sont en droit de ne pas imposer la réitération de la procédure si le salarié ne le sollicite pas (98) ou si celle-ci est dépourvue de toute utilité et elle dénie, d'autre part, toute compétence au juge des référés en la matière (99). La sanction de l'irrégularité de procédure se limitera donc, pour l'essentiel, au paiement d'une indemnité. Par ailleurs, l'application de ces sanctions est subordonnée à plusieurs conditions. Tout d'abord, le licenciement doit être justifié ; à défaut, et selon la Cour de cassation, l'absence de cause réelle et sérieuse absorbe l'irrégularité de procédure (100). En outre, le salarié doit, en l'état actuel du droit positif, avoir au moins deux ans d'ancienneté et être employé dans une entreprise d'au moins onze salariés. À défaut, l'indemnité sera calculée en fonction du préjudice subi (101). Enfin, une sanction spécifique est prévue en cas de violation des dispositions relatives à l'assistance du salarié (102).

Ce manque d'homogénéité dans les sanctions légales crée un certain malaise, sentiment renforcé par l'analyse de la jurisprudence relative à la sanction du non-respect d'une garantie procédurale qualifiée de garantie de fond. En effet, la Cour de cassation décide que la violation d'une garantie de fond prive le licenciement de cause réelle et sérieuse. Si cette jurisprudence renforce la portée des garanties procédurales extralégales (103), il n'en demeure pas moins que l'application de telles sanctions aboutit à des situations discutables. Alors qu'un défaut d'entretien préalable, tel que prévu par la loi, n'est sanctionné, au mieux, que par le versement d'une indemnité d'un mois de salaire (104), le non-respect d'une garantie conventionnelle permettant, par exemple, au salarié d'avoir la communication de son dossier disciplinaire

(90) Une lettre de la DGET du 18 janvier 1974 évoquait déjà cette possibilité.

(91) Cass. Soc. 15 avril 2015, n° 13-17.734, inédit, préc.

(92) Par exemple, J. Pélissier, *La réforme du licenciement*, Sirey 1974.

(93) CE, 6 janvier 2006, n° 26.444. À la demande motivée du fonctionnaire souffrant, l'audition devant le conseil de discipline peut être reportée une fois. Si le conseil décide de statuer malgré tout, le fonctionnaire doit alors disposer d'un délai suffisant pour se faire représenter ou adresser ses observations écrites.

(94) Cass. Soc. 19 février 2014, JCP S 2014, 1397, nos obs.

(95) Cass. Soc. 26 avril 2006, n° 05-40.951.

(96) Cass. Soc. 14 novembre 1995, Dr. Trav. 1995, n° 12, p. 10.

(97) La solution est étendue, au-delà des textes, à la rupture du CDD : Cass. Soc. 12 novembre 2003, RJS 1/04, n° 35.

(98) Cass. Soc. 16 mars 1976, D. 1976, IR, p. 130.

(99) Cass. Soc. 26 octobre 1976 et 9 février 1977, D. 1977, Jurisp. 544.

(100) Cass. Soc. 18 mars 2009, RJS 6/09, n° 516.

(101) Art. L.1235-5, C. trav.

(102) L'indemnité d'un mois de salaire maximum est due même si le salarié a moins de deux ans ou que l'effectif de l'entreprise est inférieur à onze salariés.

(103) Pour une critique, L. Dauxerre, « L'aménagement conventionnel de la sanction », in *La sanction en droit du travail*, éd. Panthéon-Assa/Lextenso, 2012, pp. 51 et 58.

(104) Cass. Soc. 16 septembre 2015, n° 14-10.325, à paraître au Bull.

ouvrira droit à une indemnité de six mois de salaire. Un tel système nous semble difficilement défendable. Il est nécessaire de repenser le régime des sanctions en cas de non-respect d'une garantie procédurale.

## 2. Une refonte nécessaire du régime des sanctions

L'exigence de veiller au respect des garanties procédurales fondamentales présente la même intensité en présence d'un licenciement ou d'une sanction disciplinaire. Dès lors, ce qui compte, ce n'est pas la nature de la décision patronale en cause, mais bien la nature de la règle méconnue. À partir du moment où celle-ci est une garantie de procédure fondamentale, la sanction de sa violation devrait être la même.

Reste encore à déterminer cette sanction. Doit-on prononcer la nullité de la décision patronale ? Les textes le prévoient, déjà, en matière de sanction disciplinaire ; pourquoi ne pas l'étendre aux licenciements ? La question divise non seulement les auteurs, mais aussi les juges.

Les arguments développés par la doctrine en faveur de la nullité du licenciement ont trouvé un écho favorable auprès de certaines juridictions du fond, notamment la Cour d'appel de Paris et le Conseil des prud'hommes d'Évreux dans les affaires précédemment citées. Statuant sur l'absence de notification au salarié des griefs dans la lettre de convocation, les juges décident « *qu'un tel manquement [aux dispositions internationales et au principe général pour le respect des droits de la défense] entache de nullité le licenciement prononcé en violation d'une liberté fondamentale* » (105). Une telle solution apparaît comme « *des plus téméraires* » (106) au regard de la position de la Cour de cassation en ce domaine. En effet, si celle-ci reconnaît, aux côtés des nullités textuelles de licenciement, des nullités virtuelles, elle le fait avec parcimonie et, uniquement lorsque la décision de licencier est motivée par l'exercice par le salarié d'un droit fondamental (107). Tel n'est pas le cas, ici, lorsque l'employeur méconnaît les droits de la défense du salarié. Comme le relève le professeur Tournaux, le licenciement n'est pas, à proprement parler, prononcé en raison de l'exercice par le salarié

d'une liberté fondamentale. Le droit bafoué l'est, à l'occasion du prononcé d'un licenciement, qui repose sur un motif constituant, *a priori*, une cause valable de rupture du contrat de travail (108).

Admettre que le licenciement est, dans ces circonstances, nul reviendrait à élargir le domaine des nullités virtuelles à une nouvelle hypothèse : celle d'un licenciement prononcé à l'issue d'une procédure durant laquelle le salarié a été privé de l'exercice de ses droits fondamentaux de la défense. La procédure mise en œuvre par l'employeur est nulle et, pour reprendre une formule bien connue, cette nullité s'étendrait aux actes subséquents, c'est-à-dire au licenciement qui a été prononcé à son issue.

Il n'est pas certain que la Cour de cassation soit prête à franchir ce pas supplémentaire. Un arrêt du 15 avril 2015 est, sur ce point, éclairant. En l'espèce, un salarié a été mis à la retraite d'office, sans que l'employeur ait respecté les dispositions conventionnelles qui lui imposaient d'organiser un entretien préalable afin de permettre au salarié de faire valoir sa situation personnelle, familiale et professionnelle. Pour les Hauts magistrats, si l'irrégularité de procédure est bien caractérisée, elle ne remet, cependant, pas en cause la validité de la décision patronale. En se plaçant sur le terrain de la validité de la décision de l'employeur, la Cour semble écarter, implicitement, toute sanction de nullité (109).

De même a-t-elle aussi refusé de priver d'effet un licenciement notifié au mépris d'une garantie procédurale conventionnelle (110). Dans cette affaire, un employeur, qui avait licencié son salarié avant que la commission disciplinaire n'ait rendu son avis, a été condamné en appel à verser un rappel de salaire couvrant la période comprise entre le licenciement et la décision de la commission. La Cour de cassation casse cet arrêt en relevant qu'aucun salaire n'est dû par l'employeur pour la période postérieure à la notification du licenciement qui emporte la rupture immédiate du contrat. La sanction de l'inefficacité a sans doute, pour les Hauts magistrats, un lien trop étroit avec la validité même de l'acte, alors qu'est en cause une garantie procédurale fondamentale (111).

(105) CA Paris, 7 mai 2014, préc. ; CP Évreux, 26 mai 2015, préc.

(106) M. Poirier, obs. sous CA Paris 7 mai 2014, Dr. Ouvr. 2014, préc., spéc., p.866.

(107) Cass. Soc. 28 avril 1988, Bull. civ. V, n° 257, Dr. Ouv. 1988 p. 249 concl. H. Ecoutin, n. L. Brovelli, A. Jeammaud, M. Le Friant ; Cass. Soc. 13 mars 2001, Bull. civ. V, n° 87, Dr. Ouv. 2001 p. 300 n. M-F. Bied-Charreton, à propos du licenciement d'un salarié exerçant sa liberté d'expression. À propos de l'exercice du droit à la protection de sa santé : Cass. Soc. 28 janvier 2009, Bull. civ. V, n° 24, Dr. Ouv. 2009 p.286 n. M. Estevez ou de son droit de

saisir le juge : Cass. Soc. 16 mars 2016, n° 14-23.589, à paraître au Bull ; Cass. Soc. 3 février 2016, n° 14-18.600 ; Cass. Soc. 6 février 2013, Bull. civ. V, n° 27, RDT 2013, p. 630, obs. P. Adam, Dr. Ouv. 2013, p. 550, obs. A. Mazières.

(108) S. Tournaux, préc.

(109) Cass. Soc. 15 avril 2015, n° 13-17.734, inédit.

(110) Cass. Soc. 31 mars 2015, n° 13-27.196, Bull. civ. V, n° 65.

(111) En ce sens, S. Tournaux, préc.

Si la sanction de la nullité de la décision patronale est mise de côté, il ne reste, dès lors, qu'une sanction indemnitaire, mais quelle indemnité ? Faut-il, comme le fait la Cour de cassation, dans sa jurisprudence relative aux garanties de fond, décider de condamner l'employeur à verser l'indemnité prévue en cas d'absence de cause réelle et sérieuse ? La solution est certainement opportune, car elle permet à la Cour de cassation d'opter pour une position médiane, ni simple irrégularité, ni nullité (112). Néanmoins, la qualification d'absence de cause réelle et sérieuse demeure discutable car elle entretient la confusion entre garantie procédurale et règle de fond, dans le but de permettre une sanction majorée au profit du salarié. Pour autant, se contenter de l'indemnité légale pour irrégularité de procédure n'est pas, non plus, une solution satisfaisante au regard de la faiblesse de son montant, compte tenu de la nature du droit méconnu.

Ce débat pourrait être l'occasion de s'interroger sur la pertinence de maintenir, en matière de licenciement, une sanction pour irrégularité de procédure distincte de celle prévue en cas d'absence de cause réelle et sérieuse. La question connaît un regain d'actualité, suite à la décision du Conseil Constitu-

tionnel du 5 août 2015 relative à la loi *Macron* (113), qui déclare que le critère d'effectif de l'entreprise prévu pour déterminer le montant de l'indemnité pour licenciement injustifié est contraire au principe d'égalité devant la loi.

Le droit du travail semble être appelé, dans les semaines, dans les mois à venir, à connaître de profonds changements. Quelle place sera faite aux droits procéduraux fondamentaux ? Une place leur sera-t-elle-même réservée ? Le doute est permis si l'on se réfère au rapport *Badinter*, dont les 61 propositions devraient servir de guide à la commission chargée de réécrire le Code du travail. Les articles 22 et 27 prévoient qu'aucune sanction, qu'aucun licenciement ne peut être prononcé sans que le « *salarié ait été mis à même de faire connaître ses observations* ». Une telle formulation ne marque-t-elle pas un recul par rapport à l'exigence d'un débat contradictoire (114) ? Pour tous ceux qui sont attachés au respect des droits de la défense à l'occasion de l'exercice des droits fondamentaux, la question méritera d'être suivie avec attention.

**Christelle Varin**

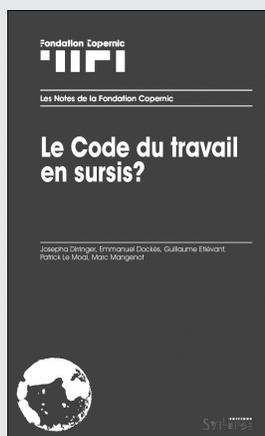
(112) S. Tournaux, préc.; S. Frossard, préc., D. 2003, p. 2099.

(113) Cons. constit. 5 août 2015, n°2015-715 DC. Selon un auteur, « *la condamnation de tout barème devrait être étendue à toute mesure, licenciement compris, attentatoire à un droit fondamental* », A. Lyon-Caen, « Complexité du barème », RDT 2016, p. 65.

(114) Dans son ouvrage, *Le Travail et la loi* (éd. Fayard, juin 2015), coécrit avec le professeur Antoine Lyon-Caen, l'assouplissement de l'exigence d'un entretien préalable est manifeste : celui-ci n'est organisé qu'à la demande du salarié, l'information de celui-ci quant aux motifs de la décision projetée pouvant être effectuée par écrit.

## LE CODE DU TRAVAIL EN SURSIS ?

Josepha Dirringer, Emmanuel Dockès, Guillaume Etiévant, Patrick Le Moal, Marc Mangenot



Le Medef rêve d'un salarié totalement flexible, soumis, sans protection. Ce rêve avance sous le masque souriant du « consensus » et du « dialogue social » entre « partenaires sociaux ». Il convient de dévoiler ce subterfuge.

La négociation collective est et demeure une source indispensable, essentielle au droit du travail. Mais lorsqu'on prétend la substituer à la loi et aux grandes protections du droit du travail, ce n'est plus de dialogue mais de destruction qu'il s'agit.

Cette tendance à la vampirisation de la loi par la négociation collective a déjà permis que de nombreux salariés ne sachent même plus, d'une semaine sur l'autre, à quels horaires ils vont travailler.

Aujourd'hui, il est question de poursuivre, voire de parachever, ce mouvement et d'autoriser la destruction non plus seulement des rythmes de travail et de vie, mais la destruction par accord collectif de la représentation du personnel, du droit du licenciement, et finalement de l'ensemble du droit du travail.

Cette « Note de la Fondation Copernic » a pour objectif d'ébaucher les voies d'une contre-offensive et de redonner toute sa place au débat démocratique sur les droits des salariés.

Syllepse coll. Notes de la Fondation Copernic – 2015 – 84 pages – ISBN : 978-2-84950-479-6 – 5 euros