

CONTRAT À DURÉE DÉTERMINÉE Action en requalification – 1° Prescription – Point de départ – Prescription quinquennale se substituant à une prescription trentenaire (loi 2013) – Détermination – 2° Ancienneté – Détermination – Premier jour de travail – Absence de contrat écrit – Caractère indifférent.

LICENCIEMENT Procédure – Mandat donné à une personne étrangère à l'entreprise – Cabinet d'expert-comptable – Entretien préalable – Signature de la lettre de rupture – Licéité (non).

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 26 avril 2017

Société Y... Agricola contre X (p. n° 15-25.204)

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme X..., engagée par la société Y... agricole comme ouvrière à compter du 1^{er} juin 1994 par des contrats saisonniers, a occupé à partir du 1^{er} octobre 2007 le poste de comptable et responsable du personnel ; que, licenciée le 3 août 2011, elle a saisi la juridiction prud'homale afin d'obtenir la requalification des contrats à durée déterminée en contrat à durée indéterminée à compter du 1^{er} juin 1994 et la condamnation de son employeur à des indemnités de rupture et des dommages-intérêts ;

Sur le premier moyen du pourvoi incident de l'employeur :

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de requalifier à compter du 1^{er} juin 1994 le contrat de travail de la salariée en contrat à durée indéterminée et de le condamner, en conséquence, à payer à la salariée des sommes à titre d'indemnité de requalification et de solde d'indemnité de licenciement, alors, selon le moyen, que le défaut de réponse à conclusions constitue un défaut de motifs ; qu'en l'espèce, elle faisait valoir que la salariée ne pouvait solliciter la requalification de contrats antérieurs au 23 août 2006 car son action était prescrite ; qu'en omettant de répondre à ce moyen péremptoire, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

Mais attendu qu'aux termes de l'article 26 de la loi du 17 juin 2008, les dispositions de la loi qui allongent la durée d'une prescription s'appliquent lorsque celle-ci n'était pas expirée à la date de son entrée

en vigueur, soit le 19 juin 2008, et les dispositions de la loi qui réduisent la durée d'une prescription s'appliquent à cette dernière à compter de la date de son entrée en vigueur, sans que la durée totale de la prescription puisse excéder la durée antérieurement prévue ; qu'il en résulte que l'action de la salariée en requalification de ses contrats de travail à durée déterminée introduite le 23 août 2011, auparavant soumise à la prescription trentenaire, était soumise à la prescription quinquennale courant à compter de l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2008 et n'était pas atteinte par la prescription ; que, par ce motif de pur droit, après avis donné aux parties en application de l'article 1015 du code de procédure civile, il est ainsi répondu aux conclusions invoquées ;

Sur le second moyen du pourvoi incident de l'employeur :

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner à payer à la salariée une somme à titre de solde d'indemnité de licenciement, alors, selon le moyen, que l'ancienneté d'un salarié engagé par plusieurs contrats à durée déterminée non successifs requalifiés en un contrat à durée indéterminée doit être calculée en fonction des périodes de travail effectif, durant lesquelles le salarié s'est tenu à la disposition de l'employeur ; qu'en l'espèce, il était constant qu'entre 1994 et 2007, la salariée avait travaillé pour la société par plusieurs contrats à durée déterminée non successifs ; qu'en jugeant néanmoins que l'ancienneté de la salariée devait être appréciée

de façon continue à compter du 1^{er} juin 1994, sans rechercher, comme elle y était invitée par les conclusions de l'employeur, à quelles périodes elle avait effectivement travaillé pour la société et s'était tenue à sa disposition, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1221-1 et L. 1245-1 du code du travail et 1134 du code civil ;

Mais attendu que la cour d'appel a exactement retenu que par l'effet de la requalification prononcée, l'ancienneté de la salariée devait être prise en compte à partir du 1^{er} juin 1994, au moment où celle-ci avait travaillé sans contrat écrit ; que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le premier moyen du pourvoi principal de la salariée, qui est recevable :

Vu l'article L. 1232-6 du code du travail ;

Attendu 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 conduire la procédure de licenciement jusqu'à son terme ; qu'il s'ensuit que la signature pour ordre de la lettre de licenciement au nom de l'employeur par une telle personne ne peut être admise ;

Attendu que pour dire que le licenciement de la salariée reposait sur une cause réelle et sérieuse, l'arrêt retient qu'il est constant que c'est M. Z..., expert-comptable de la société Y... Agricola, qui a signé la lettre de convocation à l'entretien préalable, a mené l'entretien préalable de la salariée et a signé la lettre de licenciement, tous ces documents étant signés « pour ordre » par ce dernier, sous le nom de M. Y... Clemens ou A...Félix, gérants, que l'employeur justifie d'un mandat donné le 20 juillet 2011 à M. David Z..., expert-comptable, par M. Félix A..., gérant de la société Y...Agricola, « pour le représenter dans toutes les démarches de licenciement à l'égard de Mme X..., pour le compte de la SCEA Y... Agricola », que si 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 l'entretien et notifier le licenciement, les documents comportant la mention « po » (pour ordre) ont la valeur de documents rédigés par la personne ayant le pouvoir de signature, qu'ainsi, la lettre de licenciement signée « pour ordre » au nom du gérant est valable, quand bien même l'identité de la personne signataire ne serait pas connue, dès lors que la procédure de licenciement a été menée à son terme, le mandat de signer la lettre de licenciement ayant été ratifié, qu'en l'absence de désapprobation du mandant (personne ayant la signature en temps normal) à l'égard des actes effectués par celui qui s'est comporté comme

le titulaire d'un mandat apparent (le signataire), la lettre de licenciement est valable, qu'il en résulte que la procédure de licenciement diligentée à l'encontre de la salariée est parfaitement régulière ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que la procédure de licenciement avait été conduite par l'expert-comptable de l'employeur, personne étrangère à l'entreprise, ce dont il résultait, nonobstant la signature pour ordre de la lettre de licenciement par cette personne à laquelle il était interdit à l'employeur de donner mandat, que le licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Et attendu que la cassation sur le premier moyen du pourvoi principal entraîne la cassation par voie de conséquence des chefs visés par les deuxième, troisième et quatrième moyens de ce pourvoi ;

Par ces motifs :

Casse et annule, mais seulement en ce qu'il dit que le licenciement de Mme X... reposait sur une cause réelle et sérieuse de licenciement, l'arrêt rendu le 16 juillet 2015, entre les parties, par la cour d'appel de Pau ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Bordeaux ;

(M. Frouin, prés. – M. Rinuy, rapp. – M. Liffran, av. gén. – SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, av.)

Note 1

Cet arrêt n'a rien de révolutionnaire. Il a néanmoins reçu l'honneur de la publication au Bulletin des arrêts de la Cour de cassation. Il est vrai qu'il rappelle trois catégories de règles importantes, tant au plan théorique qu'au plan pratique.

1°) Sur la prescription de l'action en justice. En l'espace de cinq ans, à savoir de juin 2008 à juin 2013, l'action en contestation de l'exécution et de la rupture du contrat de travail est progressivement passée de 30 ans à 2 ans et l'action en paiement des salaires de 5 ans à 3 ans (1). En effet, la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile a, dans un premier temps, ramené le délai de prescription de droit commun des actions personnelles ou mobilières de 30 à 5 ans. Ce qui a eu pour conséquence, par exemple, d'écourter de 30 à 5 ans les actions liées à l'exécution du contrat de travail ou à sa rupture. Dans un second temps, la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi a ramené la prescription des créances salariales de 5 à 3 ans et celle des actions portant sur l'exécution de

(1) Cf. notamment Mireille Poirier, « Éviter le couperet de la prescription après la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi », Dr. Ouv. 2014, p. 182.

la rupture du contrat de travail de 5 à 2 ans. Sécurité juridique pour les uns (2), « *réduction assassine* » pour les autres (3). Chacun se fera une opinion (4).

Ce n'est pas à proprement parler sur les délais de prescription que l'arrêt se prononce, mais sur le droit transitoire, c'est-à-dire l'application de la loi dans le temps, en l'occurrence de la loi n°2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile.

À partir du 1^{er} juin 1994, une ouvrière agricole avait travaillé au moyen de contrats saisonniers successifs, puis d'un contrat de travail à durée indéterminée conclu le 1^{er} octobre 2007. Licenciée le 3 août 2011, elle avait engagé le 23 août 2011 une action en requalification de sa relation de travail en un seul contrat de travail à durée indéterminée débutant le 1^{er} juin 1994. L'employeur lui avait opposé la nouvelle prescription quinquennale introduite par la loi n°2008-561 du 17 juin 2008. Pour lui, la demande de requalification ne pouvait porter que sur la période du 23 août 2006 au 23 août 2011 – soit cinq ans à rebours de la saisine du Conseil de prud'hommes (5).

Il est vrai que l'action en justice de la salariée avait été intentée le 23 août 2011, soit sous l'emprise de la loi n°2008-561 du 17 juin 2008 relative à la matière civile (6). Et il est vrai que cette loi a écourté de 30 à 5 ans les actions liées à l'exécution du contrat de travail ou à sa rupture. Le problème posé aux juges par l'employeur venait du fait que la demande en justice de la salariée avait été introduite après la promulgation de la loi n°2008-561 du 17 juin 2008 (19 juin 2008), mais avec un point de départ du délai de prescription antérieur (1^{er} juin 1994). L'hypothèse est donc celle d'une prescription *en cours* au jour de la promulgation de la nouvelle loi. Il est prévu, en matière civile (7) comme en matière prud'homale (8), que, dans ce cas particulier, les nouveaux délais réduits s'appliquent, mais seulement à compter de la date de promulgation de la nouvelle loi ; la durée totale de la prescription, calculée en additionnant l'ancien délai de prescription déjà écoulé et le nouveau délai (5 ans), ne pouvant avoir pour effet d'excéder l'ancien délai de prescription (30 ans). Dans l'arrêt sous étude, le premier contrat de travail à durée déterminée (CDD) avait été conclu le 1^{er} juin 1994, à l'époque de

la prescription trentenaire. Cette prescription était en cours lors de la promulgation de la loi n°2008-561 du 17 juin 2008, puisque moins de trente ans s'étaient écoulés entre le 1^{er} juin 1994 et le 23 août 2011. L'ancienne prescription devait ainsi s'appliquer à compter du 1^{er} juin 1994, soit jusqu'au 1^{er} juin 2024. Mais cette prescription ne pouvait pas excéder la nouvelle prescription quinquennale, calculée à compter de la promulgation de la nouvelle loi (19 juin 2013). La salariée ayant introduit sa demande en requalification de la relation de travail le 23 août 2011, la prescription ne pouvait pas lui être opposée. Comme indiqué par la Cour de cassation dans son arrêt du 26 avril 2017, « *l'action de la salariée en requalification de ses contrats de travail à durée déterminée introduite le 23 août 2011, auparavant soumise à la prescription trentenaire, était soumise à la prescription quinquennale courant à compter de l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2008 et n'était pas atteinte par la prescription* ». Ce genre de situation va se tarir avec le temps – témoignage de l'époque révolue durant laquelle la prescription de l'action en contestation de l'exécution et de la rupture du contrat de travail était, non pas de 2 ans, mais de 30 ans.

S'agissant de la prescription, ajoutons que la Cour de cassation décide que « *si, en principe, l'interruption de la prescription ne peut s'étendre d'une action à l'autre il en est autrement lorsque les deux actions, au cours d'une même instance, concernent l'exécution du même contrat de travail* » (9). Cette solution a précisément été utilisée dans une affaire (10) où un salarié engagé par deux CDD successifs, le 23 janvier 2002 et le 1^{er} février 2003, suivis d'un contrat de travail à durée indéterminée conclu le 25 janvier 2004, avait été licencié le 23 janvier 2012 et avait contesté son licenciement par une action prud'homale engagée le 5 juin 2012. Ce salarié avait ensuite demandé, le 22 janvier 2014 et en cause d'appel, la requalification de ses deux CDD en un contrat de travail à durée indéterminée pour obtenir l'indemnité de requalification de l'article L.1245-2, alinéa 2 du Code du travail (11). L'employeur lui avait opposé la prescription quinquennale applicable à l'époque en matière salariale. Sans succès, dans la mesure où, le rappelle la Cour de cassation, « *l'action en contestation du licenciement et l'action en requalification des CDD*

(2) B. Teyssié, « Loi n°2013-504 du 14 juin 2013 : vers un nouveau droit du travail », JCP éd. Sociale n°25 du 18 juin 2013, p. 10, doct. n°1257.

(3) L'expression est empruntée à M. Daniel Boulmier.

(4) Cf. Mireille Poirier, préc.

(5) Demande en justice qui a pour effet d'interrompre la prescription.

(6) Et non pas sous celle de la loi du 14 juin 2013 relative à la matière prud'homale.

(7) Art. 2222 du Code civil.

(8) Art. 21, V de la loi n°2013-504 du 14 juin 2013.

(9) Cass. Soc. 26 mars 2014, n°12-10.202, obs. G. Pignarre, RDT 2014, p. 475.

(10) Cass. Soc. 3 mai 2016, n°14-16.633, publié au Bulletin, obs. J. Mouly, Dr. Soc. 2016, p. 576.

(11) Sans entrer dans les détails de la procédure, inutiles pour notre démonstration.

antérieurs concernaient l'exécution du même contrat de travail ». Selon cette jurisprudence, donc, l'acte interruptif de la prescription exercé dans les délais requis (ici, l'action en contestation du licenciement) englobe toutes les actions en exécution du même contrat de travail (ici, l'action en requalification des CDD en CDI), quand bien même ces actions pourraient, *stricto sensu*, être considérées comme hors délai (12). Voilà un correctif audacieux (13), qui permet de minimiser les effets néfastes de la réduction drastique des délais de prescription en droit du travail.

2°) Sur le calcul de l'ancienneté du salarié dont la relation de travail a été requalifiée en contrat de travail à durée indéterminée. Ici encore, c'est un problème de délai qui était soumis aux juges. La salariée avait donc travaillé sous CDD du 1^{er} juin 1994 au 1^{er} octobre 2007, date à laquelle elle avait été embauchée sous contrat de travail à durée indéterminée. Ayant obtenu la requalification de la relation de travail en un contrat de travail à durée indéterminée, elle demandait une indemnité de licenciement calculée sur l'ancienneté acquise à compter du premier CDD au moyen duquel elle avait été recrutée, c'est-à-dire calculée à compter du 1^{er} juin 1994. L'employeur prétendait, quant à lui, qu'entre 1994 et 2007, elle avait, certes, travaillé au moyen de CDD successifs, mais qui avaient été entrecoupés de périodes d'inactivité. Pour lui, et en conséquence, l'ancienneté de la salariée devait être calculée en fonction « *des périodes de travail effectif* ».

Le raisonnement n'est pas inintéressant. La succession sur une longue période de CDD entrecoupés de périodes d'inactivité pendant lesquelles le salarié se tient, de fait, au service de l'employeur est une situation malheureusement bien banale... Précisément, dans ce genre de situation, la Chambre sociale de la Cour de cassation décide opportunément qu'en raison de la requalification de CDD successifs, et quand bien même ces derniers sont entrecoupés de périodes d'inactivité, l'ancienneté se calcule à partir du premier jour d'embauche au titre du premier contrat (14). C'est cette solution qu'elle rappelle dans son arrêt du 11 mai 2007 : « *par l'effet de la requalification prononcée, l'ancienneté de la salariée devait être prise en compte à partir du 1^{er} juin 1994, au moment où celle-ci avait travaillé sans contrat écrit* ».

(12) À noter que cette solution ne se limite pas à la requalification de CDD en CDI. Cf. obs. J. Mouly, préc.

(13) Cf. obs. J. Mouly, préc.

(14) Cf. par exemple : Cass. Soc. 6 novembre 2013, n° 12-15.953, Dr. Soc. 2014, 11, chro. S. Tournaux ; Cass. Soc. 3 mai 2016, n° 15-12.256, D. 2017, obs. P. Lokiec et J. Porta.

(15) Cf. G. Auzero, « L'exercice du pouvoir de licencier », Dr. Soc. 2010, p. 289.

3°) Sur la procédure de licenciement. Se posait enfin la question de la validité de la délégation de pouvoir en matière de licenciement (15). En l'espèce (16), l'expert-comptable de l'entreprise avait mené de bout en bout la procédure : convocation à l'entretien préalable, entretien lui-même et lettre de licenciement. Il avait signé les documents « *pour ordre* » et avait agi en vertu d'un « *mandat écrit* » délivré par l'employeur, concernant « *toutes les démarches de licenciement* » à l'égard de la salariée. L'enjeu n'était pas mince, puisque si la lettre de licenciement était considérée comme irrégulière, la salariée pouvait invoquer un licenciement sans cause réelle et sérieuse (17).

Cette situation est sans doute assez fréquente en pratique : les employeurs ont tendance à faire appel à leur expert-comptable pour les questions relatives à l'application du droit du travail dans leur entreprise (18). Il ressort d'ailleurs de l'arrêt sous étude que la Cour d'appel avait admis ce procédé en raison de la ratification du mandat de signer la lettre de licenciement délivrée par l'employeur et de l'absence de désapprobation de sa part.

Le problème vient du fait qu'à juste titre, il est de jurisprudence constante que l'employeur ne peut pas se faire représenter, en matière de procédure de licenciement, par une personne extérieure à l'entreprise. Et quoi qu'il apparaisse aux yeux des employeurs, l'expert-comptable (19) de l'entreprise est une personne extérieure à l'entreprise, quand bien même un mandat explicite lui serait donné. Dans son arrêt du 26 avril 2017, la Cour de cassation pose donc sous forme de principe 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 conduire la procédure de licenciement jusqu'à son terme (...), il s'ensuit que la signature pour ordre de la lettre de licenciement au nom de l'employeur par une telle personne ne peut être admise* ».

Ce qui conduit les juges à considérer que le licenciement de la salariée était sans cause réelle et sérieuse. Le professeur Gilles Auzero propose même, dans ce genre de situation, d'admettre que le licenciement est, non pas sans cause réelle et sérieuse,

(16) Cf. J. Siro, « Rappel de l'interdiction de déléguer le pouvoir de licencier à un prestataire extérieur », obs. sur l'arrêt sous étude, Dalloz actualité, avril 2017.

(17) Cf. Cass. Soc. 7 décembre 2011, Dr. Soc. 2012, p. 415, n. G. Couturier.

(18) Ce qui n'est pas forcément une très bonne idée au regard, notamment, de la complexité du droit du travail.

(19) Organisé en profession libérale.

mais nul : « En matière de contrat de mandat, il est classiquement enseigné que le mandataire qui agit sans véritable pouvoir ne peut engager le mandant. L'acte ainsi conclu est alors entaché d'une nullité (...). Au vu de ces règles, il paraît difficile de ne pas conclure

que le licenciement prononcé par une personne qui n'en a pas le pouvoir est nul » (20).

Mireille Poirier, Maître de conférences à l'Université Montesquieu, Bordeaux-IV

(20) G. Auzero, « L'exercice du pouvoir de licencier », préc.

Note 2

1. L'une des manifestations du lien de subordination juridique existant entre l'employeur et un salarié est le pouvoir disciplinaire, que le premier peut exercer sur le second. L'employeur qui envisage le licenciement d'un de ses préposés doit le convoquer à un entretien préalable (1). S'il décide de maintenir la décision projetée, il doit lui notifier sa décision par lettre recommandée avec avis de réception, comportant l'énoncé du ou des motifs invoqués à l'appui de ladite décision (2).

S'il est exact que le Code du travail ne vise que « l'employeur », tant pour la conduite de l'entretien que pour ses suites, la Haute juridiction autorise, sous certaines conditions, que l'employeur puisse déléguer son pouvoir de licencier.

2. L'arrêt du 26 avril 2017 permet de revenir sur la question de la qualité et celle du pouvoir de l'intervenant lors de la procédure de licenciement et d'en rappeler les contours.

Dans cette espèce, le licenciement d'une salariée était contesté pour défaut de qualité du signataire de la lettre de licenciement. Plus particulièrement, la procédure avait été menée et la lettre de licenciement avait été signée, non pas par l'employeur, mais par l'expert-comptable de ce dernier. Estimant qu'il s'agissait d'une personne étrangère à l'entreprise, la salariée considérait que son licenciement était dénué de cause réelle et sérieuse.

La Cour d'appel de Pau, dans un arrêt du 16 juillet 2015, a balayé l'argument, considérant notamment que l'employeur justifiait d'un mandat donné à son expert-comptable pour le représenter dans toutes les démarches de licenciement à l'égard de la salariée, pour le compte de la société, et que les documents comportant la mention « PO » (pour ordre) avaient la valeur de documents rédigés par la personne ayant le pouvoir de signature.

Il est exact que la Cour de cassation a déjà jugé, par le passé, que la lettre de licenciement signée « pour ordre » au nom de l'employeur suffit à rapporter la preuve de l'existence d'un mandat, lequel doit être considéré comme ayant fait l'objet d'une ratification *a posteriori*, dès lors que la procédure de licenciement a été menée à son terme sans aucune contestation du mandant (3). Cependant, cette jurisprudence relative à l'existence du mandat autorisait-elle que la signature « pour ordre » émane d'une personne étrangère à l'entreprise ?

Pour la Haute juridiction, la réponse est négative. Au visa de l'article L.1232-6 du Code du travail, la Cour de cassation censure la Cour d'appel en retenant « Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que la procédure de licenciement avait été conduite par l'expert-comptable de l'employeur, personne étrangère à l'entreprise, ce dont il résultait, nonobstant la signature pour ordre de la lettre de licenciement par cette personne à laquelle il était interdit à l'employeur de donner mandat, que le licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

Cet arrêt rappelle que si la personne qui use du pouvoir disciplinaire n'est pas nécessairement le titulaire originel de ce pouvoir, elle doit néanmoins appartenir à l'entreprise, ce qui faisait manifestement défaut en l'espèce.

3. La solution n'est pas nouvelle et la formulation employée n'est pas totalement innovante. La Haute juridiction avait, en effet, précisé à plusieurs reprises qu'un cabinet comptable est une « personne étrangère à l'entreprise », rendant ainsi le licenciement du salarié prononcé par une telle personne sans cause réelle et sérieuse (4).

La confirmation selon laquelle la procédure de licenciement ne peut être menée par une personne étrangère à l'entreprise ne peut qu'être approuvée. Admettre le contraire reviendrait à reléguer cette

(1) Art. L. 1232-2 du Code du travail.

(2) Art. L. 1232-6 du Code du travail.

(3) Cass. Soc. 10 novembre 2009, n° 08-41.076, FS-PB.

(4) Cass. Soc. 26 mars 2002, n° 99-43.155, Bull. civ. V, n° 105 ; D. 2002. IR 1323, et les obs.; Dr. soc. 2002. 784, n. J. Mouly ; Cass. Soc. 26 avr. 2006, n° 04-42.860, inédit ; Cass. Soc. 7 décembre 2011, n° 10-30.222, JCP S 2012, 1084, comm. J.-P. Tricoit ; RDT 2012. 94, Contrat de mandat et pouvoir de licencier, comm. G. Auzero.

procédure au rang de pure formalité. En effet, l'entretien préalable ne peut qu'être entendu comme étant l'occasion donnée au salarié de pouvoir présenter sa défense, dans le but de convaincre son employeur de modifier son appréciation des faits à l'origine de la mesure envisagée et de renoncer, *in fine*, à celle-ci. La notification du licenciement n'est donc à ce stade, en principe, qu'hypothétique. En revanche, si le mandat de licencier est donné à une personne étrangère à l'entreprise, telle qu'un cabinet d'expertise comptable, on a plutôt tendance à penser que cette faculté est artificielle et que la décision est d'ores et déjà actée.

On comprend ainsi parfaitement l'attendu de principe de la Cour de cassation, selon lequel « *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 conduire la procédure de licenciement jusqu'à son terme* ». Cette jurisprudence n'est pas sans rappeler celle selon laquelle l'employeur ne peut se faire assister, au cours de l'entretien préalable, que par une personne appartenant au personnel de l'entreprise (5).

La Haute juridiction ne dévie donc pas, fort heureusement, de la voie qu'elle a balisée.

4. Dans cette espèce, les juges du Quai de l'Horloge prennent toutefois le soin d'indiquer qu'il est indifférent que le cabinet d'expertise comptable ait signé « *pour ordre* » l'ensemble des documents de la procédure.

La précision n'est pas inintéressante. On aurait sérieusement eu de la difficulté à comprendre, juridiquement, en quoi l'existence d'un mandat ou d'une délégation de pouvoir permet de conclure que le délégataire ou le mandataire est une personne appartenant à l'entreprise. L'existence d'une délégation de pouvoir ou d'un mandat ne permet, en effet, nullement de déduire qu'une personne appartient à l'entreprise. Même muni d'un mandat de l'employeur, un cabinet d'expertise comptable n'en demeure pas moins extérieur à l'entreprise. Pourtant, rappelons-le, le terme « entreprise » est apprécié très largement par la Cour de cassation, celle-ci ayant déjà validé le licenciement prononcé par le DRH de la société-mère

du groupe auquel la société employeur appartient (6), de même qu'elle a entériné le licenciement prononcé par le directeur financier d'une société-mère, comme nous l'avons commenté dans ces colonnes il y a quelques mois (7). Le pouvoir de licencier peut même échoir à un simple intérimaire (8).

5. On pourrait, au surplus, relever que la compétence essentielle de la profession d'expert-comptable n'est pas d'ordre juridique.

Doit-on ainsi déceler un message subliminal dans l'arrêt nous invitant à nous interroger, plus généralement, sur la problématique du périmètre du droit ? Quoi qu'il en soit, même si la procédure avait été menée et si la lettre de licenciement avait été signée par un avocat pour le compte de son client employeur, la solution ne dévierait pas. Plus qu'une question de compétence technique, c'est surtout la problématique de l'appartenance réelle et effective à l'entreprise qui importe.

Mais si appartenir à l'entreprise est indispensable, ce n'est cependant pas suffisant. Rappelons, en effet, qu'une délégation de pouvoir, générale ou spéciale, est nécessaire pour qu'une personne puisse en licencier une autre, au nom et pour le compte d'une personne physique ou morale, même s'il n'est pas requis que cette délégation soit donnée par écrit (9). Lorsqu'elle est tacite, la délégation de pouvoir découle généralement des fonctions mêmes du délégataire, notamment des fonctions de directeur du personnel (10).

Au cas d'espèce, l'employeur avait donné mandat au cabinet d'expertise comptable de mener la procédure de licenciement. Il ne s'agissait donc pas d'une délégation de pouvoir. Bien que toutes deux constitutives de techniques de représentation, elles ne sont pourtant pas identiques.

En effet, aux termes de l'article 1984 du Code civil, le mandat est un contrat par lequel une personne, le mandant, confie à une autre, le mandataire, le soin d'accomplir, en son nom et pour son compte, des actes juridiques. Ces actes lient directement le mandant qui sera seul, en principe, engagé juridiquement. Au contraire, dans une délégation de pouvoir, seul le délégataire est engagé juridiquement et non le délégant. De plus, à la différence de la délégation

(5) Cass. Soc. 20 juin 1990, Bull. civ. V, n° 302, p. 180.

(6) Cass. Soc. 19 janvier 2005, n° 02-45.675, Bull. civ. V, n° 10 ; D. 2005. 313 ; Dr. Soc. 2005. 475, obs. J. Savatier ; RTD com. 2005. 553, obs. P. Le Cannu.

(7) V. notamment notre note sous Cass. Soc. 30 juin 2015, n° 13-28.146, Dr. Ouvr. décembre 2015, n° 809.

(8) Cass. Soc. 2 mars 2011, n° 09-67.237 et n° 08-45.422, D. 2011. 823, obs. L. Perrin, et 824 ; RDT 2011. 307, obs. N. Ferrier, Document InterRevue.

(9) Cass. Soc. 19 janvier 2005, préc.

(10) Par ex. : Cass. Soc. 28 septembre 2011, n° 10-19.214 : « aucune disposition n'exige que la délégation du pouvoir de licencier soit donnée par écrit ; qu'elle peut être tacite et découler des fonctions du salarié qui conduit la procédure de licenciement ».

de pouvoir, le contrat de mandat ne requiert pas de relation hiérarchique. En effet, une délégation consentie par un délégant qui n'est pas le supérieur hiérarchique du délégataire n'est, en principe, pas valable (11).

On comprend donc pourquoi l'employeur avait décidé de recourir non pas à la technique de la

délégation de pouvoir, mais à celle du mandat, cependant « interdite » en l'espèce, du fait de la non-appartenance du cabinet d'expertise comptable à l'entreprise.

Jérémy Jardonnet,
Avocat au Barreau de Paris

(11) Plus généralement H. Ternynck, « Délégation de pouvoir consentie au salarié et contrat de mandat : quelle articulation dans le domaine des relations de travail », Dr. Ouv. 2017, p. 33.