

Pour un affermissement des droits de la défense des salariés au sein de l'entreprise

Première partie : **Le droit à un débat contradictoire**

par *Mireille POIRIER*,

Maître de conférences à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV (1)

PLAN

Première partie :

LE DROIT À UN DÉBAT CONTRADICTOIRE

A. Le droit à une information en temps utile

- 1) L'exigence de motivation de la notification de la décision
- 2) L'absence de motivation de la convocation à l'entretien préalable
- 3) L'absence de protection du salarié empêché de se rendre à l'entretien préalable

B. Le droit à une assistance effective

- 1) L'incohérence des procédures disciplinaire et de licenciement
- 2) Les regrettables restrictions dans le choix de l'assistant

« Le respect des droits de la défense est la toute première garantie des droits et des libertés de l'individu » (2). Cette affirmation, à replacer dans son contexte (3), souligne l'importance qu'il convient d'accorder à ce « principe dominant en procédure » (4).

Dégagé par Motulsky dès 1961 (5), le respect des droits de la défense est depuis longtemps reconnu comme un principe fondamental – tant en procédure civile (6) qu'en procédure pénale ou administrative (7). Qualifiés de « droit fondamental à caractère constitutionnel » en droit interne (8), les droits de la défense doivent être rattachés au procès équitable de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ; et, plus particulièrement, à l'exigence d'égalité des armes dégagée, sur ce fondement, par la Cour européenne des droits de l'Homme (9).

Cela ne veut cependant pas dire que les droits de la défense sont l'apanage des seuls procès. Souvent confondus avec le contradictoire, et à l'image de cet autre principe fondamental, 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 » (10). Les procédures sans procès (11) sont ainsi susceptibles d'être concernées par le respect des droits de la défense, dès

(1) Merci à Laurent de Launay, qui se retrouvera (ou pas) dans les lignes qui suivent. Merci aussi à mes fidèles relectrices : Priscilla et Jennifer Ripert.

(2) E. Zoller, « Droit constitutionnel », 2^e éd. PUF, 1999, n° 287, cité par Serge Guinchard et Frédérique Ferrand, Précis Dalloz de « Procédure civile », 28^e éd., 2006, n° 711.

(3) A défaut de quoi elle pourrait être accusée d'un certain excès.

(4) Jean Pradel, « Droits de la défense », dans Dictionnaire de la culture juridique, PUF, Coll. Quadrige, 2003.

(5) Cf. notamment Serge Guinchard et Frédérique Ferrand, Précis Dalloz de « Procédure civile », précité, n° 710.

(6) Cf. Soc. 28 mars 2006, Bull. civ. V, n° 127 : la teneur des écrits produits devant les juridictions, qui relève de la liberté fondamentale de la défense, ne peut connaître d'autres limites que celles fixées par l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881, qui organise par la suppression, les dommages-intérêts et la réserve, les seules sanctions possibles de leur méconnaissance. Dès lors, un licenciement prononcé des suites d'une telle méconnaissance (propos prétendument injurieux) est nul comme contraire à l'article L. 120-2 du Code du travail (nouvel article L. 1121-1.

(7) Idem. Cf. également Georges Wiederkher, « Droits de la défense et procédure civile », D. 1978, chro. p. 36.

(8) Cons. Constit., décision n° 93-325 du 13 août 1993, Justices 1995, I, 201, obs. Nicolas Molfessis.

(9) CEDH, 18 mars 1997, *Foucher c/ France* § 34, Rec. CEDH 1997, II : l'égalité des armes implique notamment « l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause, y compris ses preuves, dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire ».

(10) 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 ».

(11) L'expression est empruntée à M. Antoine Lyon-Caen (préface à la thèse de Mlle Emmanuelle Lafuma « Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail », LGDJ 2008, Bibliothèque de droit social, tome 46).

lors qu'elles mettent aux prises l'auteur d'une décision unilatérale et son destinataire (12) ; comme par exemple lorsque l'employeur prend une décision à l'encontre d'un salarié (13).

En droit positif, les droits de la défense sont, de ce fait, amenés à franchir les portes des entreprises, dans un nombre non négligeable d'hypothèses (14). L'illustration la plus courante est celle du licenciement, à propos duquel l'article 7 de la Convention n° 158 de l'OIT (15) 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 (16) contre les allégations formulées, à moins que l'on ne puisse pas raisonnablement attendre de l'employeur qu'il lui offre cette possibilité* ».

Reste à savoir ce que l'on entend par « *droits de la défense* ». Il faut se tourner à nouveau vers le droit processuel qui nous enseigne que les droits de la défense (17) ne doivent pas être confondus avec le principe du contradictoire (18) : « *la notion de droits de la défense contient celle de contradictoire tout en étant plus compréhensive* » (19). Le principe du contradictoire est donc l'un des éléments rattachables aux droits de la défense – et non des moindres. Mais ce principe ne couvre pas à lui seul l'exigence posée : « *la liberté de la défense vise [aussi] à donner aux justiciables les moyens d'organiser la contradiction, de sorte que celle-ci ne soit pas faussée par leur incompétence technique* » (20).

En matière processuelle, la doctrine range ainsi dans les droits de la défense, outre le principe du contradictoire : le caractère public de l'audience, l'exigence de motivation des jugements, la loyauté procédurale, le droit de la preuve... « *Bref, tout ce qui, aujourd'hui, contribue à un procès équitable, au sens de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme* » (21).

Rapportés dans l'entreprise, les droits de la défense voient naturellement leur contenu adapté. La première facette à envisager concerne, sans grande surprise, le respect du contradictoire. Aux côtés du droit administratif, le droit du travail permet en effet de vérifier les manifestations du principe du contradictoire dans les procédures sans procès (22). Comme le constatait Mme Marie-Anne Frison-Roche dans sa thèse consacrée au principe, « *c'est bien par respect du contradictoire que l'employeur doit permettre au salarié de s'expliquer avant d'éventuellement le sanctionner* » (23). Il apparaît donc logique, et même nécessaire, de soumettre les décisions prises par les employeurs affectant les intérêts des salariés, et qui s'imposent à eux, à une procédure interne respectueuse du principe du contradictoire (24). On constate pourtant que le droit positif, s'il prend en compte depuis longtemps cette exigence, ne le fait qu'imparfaitement.

Une seconde facette des droits de la défense des salariés dans l'entreprise concerne le droit à la preuve (25). Il est banal de constater que les relations de travail sont empreintes d'inégalité, au bénéfice des employeurs. Cette inégalité se manifeste dans toute sa splendeur en matière de preuve, contrariant ouvertement les droits de la défense des salariés, « *l'égalité des armes* » protégée par la Cour européenne des droits de l'Homme. Celle-ci considère, en effet, que l'égalité des armes implique notamment « *l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause, y compris ses*

(12) Cf. Emmanuelle Lafuma, « Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail », précitée, et la préface de M. Antoine Lyon-Caen.

(13) Autre exemple significatif : la construction jurisprudentielle relative à la révocation des dirigeants sociaux. Cf. par exemple, CA Lyon, 3^e ch, 10 sept. 2009, SAS DP Logiciel, JCP Droit des sociétés, avril 2010, p. 20, note Myriam Rousille : « Révocation d'un président de SAS : est abusive la révocation intervenue sans respect du principe du contradictoire ».

(14) Cf. Emmanuelle Lafuma, « Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail », précitée ; et *supra* les hypothèses dans lesquelles la Chambre sociale, ou la Chambre criminelle, s'appuie sur « les droits de la défense » pour trancher des litiges entre employeur et salarié nés d'une décision prise par le premier à l'encontre du second, *ie* pour faire entrer les droits de la défense dans l'entreprise.

(15) Conclue en 1982.

(16) Souligné par nous.

(17) Standard juridique non défini.

(18) Cf. notamment Georges Wiederkher, « Droits de la défense et procédure civile », précité ; Serge Guinchard et Frédérique Ferrand, Précis Dalloz de « Procédure civile », précité, n° 710.

(19) Selon l'opinion, notamment, de Motulsky, rapportée par M. Georges Wiederkher, dans « Droits de la défense et procédure civile », précité.

(20) Georges Wiederkher, « Droits de la défense et procédure civile », précité.

(21) Serge Guinchard et Frédérique Ferrand, Précis Dalloz de « Procédure civile », précité, n° 710. Cf. également Georges Wiederkher, « Droits de la défense et procédure civile », précité.

(22) Cf. notamment Lionel Ascensi, « Du principe de la contradiction », LGDJ, Bibliothèque de Droit privé, 2006, tome 454.

(23) « Généralités sur le principe du contradictoire », thèse Paris II, 1988 – citée par Lionel Ascensi, « Du principe de la contradiction », précité, p. 13.

(24) « Contradiction », dans Dictionnaire de la justice, PUF, 2004.

(25) Cf. Aurélie Bergeaud, « Le droit à la preuve », thèse Bordeaux IV, 2007, à paraître prochainement (actualisée) à la LGDJ, Bibliothèque de Droit privé.

preuves, dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire » (26). Or, force est de constater qu'en matière de preuve, les salariés sont a priori en situation de net désavantage par rapport à leurs employeurs. Si l'on veut combattre la « présomption de légitimité » (27) que le droit commun de la preuve est susceptible de conférer aux décisions patronales, et protéger par là-même les droits de la défense des salariés, il est nécessaire de procéder à des adaptations du droit de/à la preuve.

C'est ainsi qu'en droit du travail, la charge de la preuve obéit désormais à des mécanismes spécifiques, qu'il s'agisse de neutraliser cette charge ou d'inverser le risque de la preuve. L'évolution est bien connue et a été savamment décrite (28). La question des modes de preuve a, cependant, nettement moins suscité l'attention du législateur. En la matière, il faut le plus souvent se référer aux règles du droit commun.

Ainsi, il existe tout un contentieux sur la question du respect dû à la vie privée des salariés, dans et hors de l'entreprise. Ce contentieux est d'autant plus développé que l'employeur dispose, logiquement, d'un pouvoir de surveillance du travail accompli pour son compte. Ce pouvoir de surveillance ne doit pas porter atteinte aux droits fondamentaux des salariés (29), et notamment à leur vie privée. Les salariés ont le « droit au respect de leur vie privée » consacré par l'article 9 du Code civil, même dans l'entreprise. Ici encore, la question est assez bien connue et a fait l'objet d'une abondante production doctrinale (30). Il faut ajouter que, bien qu'adaptée aux relations de travail, l'exigence de loyauté et de respect dû à la vie privée par-delà la récolte de preuve n'est pas entièrement spécifique aux relations de travail.

S'agissant des modes de preuve, il existe également un abondant contentieux sur la possibilité, pour les salariés, de se pré-constituer des preuves à l'aide de documents pris dans l'entreprise. Le problème posé est d'envergure, tant au plan théorique qu'au plan pratique. En effet, l'employeur dispose du « privilège du préalable » : c'est lui qui prend des décisions immédiatement applicables à l'encontre des salariés, c'est donc logiquement lui qui détient les éléments de preuve susceptibles d'être utiles en cas de litige. L'employeur a finalement toute latitude pour se constituer un dossier, le plus solide possible. A l'inverse, le salarié rencontre très souvent de sérieuses difficultés pour produire des éléments de preuve destinés à contester la décision patronale prise à son encontre. Le dépérissement des preuves n'est pas la moindre des difficultés qu'il peut rencontrer. Il convient dès lors d'envisager sous un angle spécifique la question de la production par le salarié, dans le cadre de la défense de ses droits, de documents de l'entreprise. La situation, caractérisée de vol, doit-elle être admise ? Le droit applicable est ici en évolution, sans être néanmoins en parfaite adéquation avec le respect dû aux droits de la défense des salariés.

La reconnaissance des droits à la défense des salariés, jusque dans les entreprises, rencontre finalement, encore aujourd'hui, des résistances – d'où l'intérêt de se pencher sur leur affermissement. Dans cette optique, il est proposé de prospecter du côté du droit des salariés à un débat contradictoire (première partie), puis du côté de leur droit à la preuve – vu sous l'angle spécifique du « vol » de documents de l'entreprise (deuxième partie).

(26) CEDH, 18 mars 1997, *Foucher c/ France* § 34, Rec. CEDH 1997, II.

(27) Expression empruntée à Mme Françoise Favennec-Héry, « La preuve face aux pouvoirs de l'employeur », Dr. Soc. 1985, 172.

(28) Cf. notamment la thèse de Mme Françoise Favennec-Héry, présentée dans son article précité, publié au Dr. Soc. 1985. Cf. également du même auteur, « La charge de la preuve », CSBP 1991, n° 35, 261 ; Alain Supiot, « L'équitable dans la preuve », Sem. Soc. Lamy, 1988, suppl. au n° 410, D62 ; et Daniel Boulmier, « Preuve et instance prud'homale », LGDJ, Bibliothèque de Droit social, 2002, tome 37. Cf. également « Vérité du terrain, vérité judiciaire : la preuve en droit social », 34^e Colloque du SAF, actes reproduits dans le Dr. Ouv. d'avril 2010.

(29) Cf. notamment art. L. 1121-1 du Code du travail.

(30) Parmi l'abondante littérature, cf. notamment Daniel Boulmier, « Preuve et instance prud'homale », précité, pp. 90 et ss ; Manuela Grévy, « Vidéosurveillance des salariés dans l'entreprise : une atteinte par nature disproportionnée aux droits de la personne », Dr. Ouv. 2010, 81 ; Alexia Gardin, « Les procédés d'obtention de la preuve dans le cadre du procès prud'homal », RJS 11/08, 867 ; Françoise Favennec-Héry, « Vie professionnelle, vie personnelle du salarié et droit probatoire », Dr. Soc. 2004, 48 ; Jean-Emmanuel Ray, « La preuve par tous moyens », Liaisons sociales magazine déc. 2004, 56.

Première partie :

Le droit à un débat contradictoire

La contradiction est tout à la fois le droit de savoir et le droit de discuter (31). Traditionnellement, en droit judiciaire privé, le principe de la contradiction met ainsi à la charge des parties l'exigence d'une information réciproque en temps utile, sous le contrôle du juge (32). De surcroît, pour que cette information soit profitable, et la discussion entre les parties suffisamment éclairée, celles-ci ont la faculté de se faire assister (33).

En droit du travail, la loi du 13 juillet 1973 (34) a, pour la première fois, imposé une procédure contradictoire (35) de licenciement - à suivre, dans l'entreprise, antérieurement à la décision patronale. Dès 1974, M. Jean Pélissier pouvait constater : « *Alors que, jusqu'à ces derniers mois, un salarié pouvait être licencié sans que l'employeur n'ait l'obligation de l'entendre et de lui laisser la possibilité de « défendre » son maintien dans l'entreprise, sans que l'employeur n'ait l'obligation de motiver le licenciement, l'employeur doit désormais suivre une procédure avant de prendre la décision de licencier, et il ne peut prendre cette décision que si elle repose sur des motifs réels et sérieux* » (36).

La grande loi de 1973 (37) a donc ouvert la porte des entreprises aux droits de la défense des salariés, en cas de décision patronale de licenciement projetée à leur rencontre. La procédure de licenciement a, depuis, connu de nombreuses retouches, le plus souvent destinées à l'améliorer. Mais l'architecture est toujours restée la même : une convocation à un entretien préalable, suivie d'une notification de la décision finalement prise par l'employeur.

Puis, en 1982 (38), le législateur s'est inspiré de cette architecture pour imposer une procédure similaire en matière de sanction disciplinaire.

Désormais, donc, les procédures disciplinaire et de licenciement obéissent au même schéma : les salariés doivent être informés des raisons de la décision envisagée, puis éventuellement prise, par l'employeur à leur rencontre ; ils ont la possibilité de se faire assister lors d'un entretien qui doit obligatoirement précéder la décision patronale (39).

Cependant, la contradiction entre employeur et salarié n'est ici qu'imparfaitement assurée (40). En effet, si l'information du salarié sur les motifs de la décision patronale est obligatoire, celle-ci n'intervient certainement pas en temps utile (A). De même, le droit à assistance du salarié lors de l'entretien préalable souffre, à l'occasion, d'ineffectivité (B).

(31) Cf. Lionel Ascensi, « Du principe de la contradiction », thèse précitée. Ainsi, pour la Cour européenne des droits de l'Homme, par exemple, « *le droit à un procès équitable contradictoire implique par principe, pour une partie, la faculté de prendre connaissance des observations ou des pièces produites par l'autre, ainsi que d'en discuter* » (CEDH 24 fév. 1995, *Mc Mickaël C/ Royaume-Uni*, série A, n° 307-B). Cf. également les articles 14 à 16 du Code de procédure civile.

(32) Article 15 du Code de procédure civile.

(33) Et parfois l'obligation de se faire représenter par un avocat.

(34) Loi n° 73-680 du 13 juillet 1973 modifiant le Code du travail en ce qui concerne la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée.

(35) En ce sens, cf. notamment Gérard Lyon-Caen et Marie-Claire Bonnetête, « La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juill. 1973 », *Dr. Soc.* 1973, 493, sp. pp. 497 et 498.

(36) « La réforme du licenciement », *Sirey* 1974, 5.

(37) La loi du 13 juillet 1973 peut valablement être qualifiée de « grande loi » en ce sens qu'elle ouvre la voie à une évolution significative du droit du licenciement - même si elle a pu apparaître, à de nombreux égards, bien décevante. Cf. Gérard Lyon-Caen et Marie-Claire Bonnetête, « La réforme du

licenciement à travers la loi du 13 juillet 1973 », précité : « *La loi [du 13 juillet 1973] n'est ni d'essence chirurgicale, ni même de nature médicale, elle se contente d'anesthésier (...) Parler de réforme pour éviter de réformer, c'est un peu comme parler à une femme d'amour pour n'avoir pas à l'aimer : cela relève de la technique psychanalytique* » (p. 494).

(38) Loi n° 82-689 du 4 août 1982 sur les libertés des travailleurs dans l'entreprise.

(39) Sont toutefois exclus du champ d'application de l'entretien préalable les grands licenciements collectifs (dix salariés ou plus sur une même période de trente jours) dans les entreprises pourvues d'un comité d'entreprise ou de délégués du personnel (art. L. 1233-38). Cette restriction est regrettable : dans ce cas, bien peu d'égard est réservé au salarié en tant que personne... (Se voir annoncer son licenciement par « Geooooorges » (muni d'un expresso ?), n'est-ce pas plus humain que de devoir se contenter d'une simple lettre de notification ? (cf. « In the air » de Jason Reiman, USA, 2009, avec Georges Clooney). A méditer...

(40) Déjà magistralement souligné, il y a plus de dix ans, par M. 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, 847.

A. Le droit à une information en temps utile

L'obligation de motivation de la décision patronale prend racine dans le droit à l'information, seul susceptible de permettre l'instauration d'un véritable débat contradictoire : lors de l'entretien préalable, l'employeur doit discuter, avec le salarié, des motifs du licenciement ou de la sanction disciplinaire projetés, de manière à lui permettre de défendre ses droits et ses intérêts ; s'il persévère, l'employeur a ensuite l'obligation d'énoncer par écrit les motifs finalement retenus pour prononcer le licenciement ou la sanction.

En vérité, les exigences propres à l'instauration d'un véritable débat contradictoire entre employeur et salarié ne sont qu'à moitié respectées par cette procédure préalable. Certes, la motivation de la lettre de notification du licenciement ou de la sanction est susceptible de participer efficacement à l'instauration d'un tel débat (1°). Par contre, les règles relatives à l'organisation de l'entretien préalable contrarient, à l'occasion, cet objectif (2°), de même que l'absence de protection du salarié empêche de se rendre à l'entretien préalable (3°).

1) L'exigence de motivation de la notification de la décision

Désormais, tous les licenciements, quels qu'en soient la cause et le nombre, doivent donner lieu à l'envoi, au bénéfice du salarié, d'une lettre de notification motivée (41). Il en va de même en matière de sanction disciplinaire (42).

Cette exigence fondamentale (43) a connu des évolutions et nourri de nombreux débats (44), tant en ce qui concerne ses finalités (a) que son contenu (b).

a) Les finalités de l'exigence d'énonciation des motifs de la décision patronale

L'exigence d'énonciation des motifs de licenciement doit être située, sans nul doute possible, dans une **optique précontentieuse** (45).

Dès 1974, M. Jean Pélissier observait : « *L'information que l'employeur est obligé de donner aux travailleurs qui en font la demande permettra à ceux-ci d'évaluer leurs chances de succès s'ils envisagent d'engager un procès ; ils sauront, en effet, sur quelles questions se situera le débat judiciaire et pourront apprécier les difficultés qu'ils rencontreront pour combattre les affirmations de l'employeur* » (46). L'apparition de cette exigence d'information du salarié sur les motifs de son licenciement s'inscrit bien dans le cadre de l'instauration d'un débat contradictoire entre employeur et salarié, dans l'entreprise, éventuellement en perspective d'une action judiciaire.

Cette exigence légale de motivation du licenciement ne portera véritablement ses fruits qu'à partir de 1990, à la suite d'une **évolution conjuguée** de la loi et de la jurisprudence (47).

La loi du 13 juillet 1973 (48) avait prévu une exigence de motivation du licenciement, mais uniquement à la demande du salarié, et seulement pour ceux ayant plus de deux ans d'ancienneté, travaillant dans une entreprise d'au moins onze salariés, et n'étant pas compris dans un licenciement collectif pour cause économique. Puis, en 1986 (49), le législateur imposa aux employeurs l'obligation de notifier, d'eux-mêmes et par écrit, les motifs des licenciements – mais seulement pour certaines catégories d'entre eux : les licenciements prononcés pour un motif économique ou pour un motif disciplinaire.

En 1982 (50), l'obligation d'énonciation des motifs de la décision patronale sera posée pour toutes les sanctions disciplinaires. Enfin, en 1989 (51), le législateur généralisera l'obligation de motivation – désormais systématique – pour toute décision de licenciement ; de surcroît, il exigera de plus en plus de précision dans cette motivation (52).

Dès 1990, la jurisprudence emboîtera le pas du législateur en donnant à l'obligation d'énonciation une

(41) Art. L. 1232-6 C. trav. (licenciement pour un motif inhérent à la personne du salarié) ; art. L. 1233-16 C. Trav. (licenciement pour motif économique).

(42) Art. L. 1332-1 C. trav.

(43) En 1973, commentant la loi du 13 juillet de la même année, M. Gérard Lyon-Caen et Mme Marie-Claire Bonnetête soulignaient que cette exigence de motivation pouvait être « *le point de départ le plus intéressant d'un élargissement de la jurisprudence* » (dans « La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juill. 1973 », précité, p. 497).

(44) Cf. notamment : Michel Henry, « L'énonciation des motifs de licenciement après la loi du 30 déc. 1986 : le nouvel article L. 122-14-2 CT », Dr. Ouv. 1989, 39 ; Jean Savatier, « L'obligation d'énoncer les motifs de licenciement et sa sanction », Dr. Soc. 1990, 99 ; François Duquesne, « Énonciation du motif de licenciement et droit à la preuve du salarié », Dr. Soc. 1996, 374 ; Jean-Yves Frouin, « Le point sur la motivation de la lettre de licenciement », RJS 7/99, p. 543.

(45) Cf. notamment Gérard Lyon-Caen et Marie-Claire Bonnetête, « La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juill. 1973 », précité, p. 499 : lorsque ces auteurs proposent un « *commentaire analytique de la réforme* », ils intitulent la partie consacrée à la procédure de licenciement « *la procédure préjudiciaire* ».

(46) Jean Pélissier, « La réforme du licenciement », Sirey 1974, 47.

(47) Sur cette évolution, cf. notamment François Duquesne, « Énonciation du motif de licenciement et droit à la preuve du salarié », précité.

(48) Loi n° 73-680 du 13 juill. 1973, précitée.

(49) Loi n° 86-1320 du 30 déc. 1986 relative aux procédures de licenciement.

(50) Loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise.

(51) Loi n° 89-549 du 2 août 1989 relative au licenciement économique et au droit à la reconversion.

(52) Cf. *supra*.

portée qu'il n'avait pas forcément imaginée, pas plus que la doctrine, parfois (53).

Cette jurisprudence est désormais bien connue. La Cour de cassation va d'abord décider, dans un arrêt en date du 20 mars 1990, que la lettre d'énonciation des motifs de la décision patronale « *fixe les limites du litige* » (54). Dans le droit fil de cette indication, la Haute juridiction va ajouter, le 29 novembre 1990, qu'en l'absence d'énonciation des motifs de licenciement dans la lettre de rupture (55), tout comme en cas d'imprécision de ces motifs, le licenciement doit être considéré comme dénué de cause réelle et sérieuse (56).

Etant entendu que ces précisions, relatives à la portée de l'énonciation des motifs de la décision patronale, trouveront logiquement application en droit disciplinaire (57).

Cette jurisprudence est indéniablement **sévère**. Un oubli ou une maladresse de l'employeur est susceptible, en effet, de le conduire à verser des indemnités au salarié, alors même que celui-ci serait, à l'évidence, (gravement) fautif (58) ; alors même que l'entreprise rencontrerait des difficultés économiques rendant, à l'évidence, le licenciement inévitable. Cette maladresse lui interdira, aussi, d'étoffer sa décision en cours de procédure, en modifiant la justification énoncée dans la lettre de licenciement ou de notification d'une sanction disciplinaire.

Comment comprendre cette sévérité jurisprudentielle parfois qualifiée d'excessive (59) ? Deux séries de justifications retiennent l'attention.

La première trouve ses racines dans la **protection des droits de la défense des salariés** (60). Le salarié subit une décision unilatérale de l'employeur, prise à son encontre. Afin qu'il puisse correctement se défendre, il

doit en connaître les raisons. De surcroît, ces raisons doivent être fixées avant son départ de l'entreprise – de manière, notamment, à lui permettre de se constituer, lui aussi, un dossier susceptible de prouver ses propres allégations (61).

A l'inverse, un défaut de motivation ou une variation dans les motifs de licenciement empêchent le salarié d'évaluer sérieusement l'intérêt que présente pour lui une action judiciaire en contestation du licenciement ou de la sanction. Plus encore, ils accroissent l'inégalité des parties à la relation de travail, dont on sait bien qu'elle se prolonge, logiquement, jusqu'au sein des prétoires.

La sévérité des juges en matière d'énonciation des motifs de licenciement doit ainsi se comprendre comme ayant pour finalité de protéger les droits de la défense des salariés, de préserver l'égalité des armes en matière prud'homale. Le formalisme institué trouve donc un de ses fondements dans le respect de droits fondamentaux. Peu importe, dans ces conditions, que ses conséquences apparaissent, à de rares occasions, ouvertement injustes. Le formalisme, lorsqu'il est protecteur de règles de fond, ne s'embarrasse guère, et à juste titre, de ce genre de considérations.

Enfin, en toute logique, comme a pu le souligner la Cour de cassation elle-même (62), le licenciement ou la sanction disciplinaire ne doivent être décidés que pour des motifs existants et connus de l'employeur au moment où il prend sa décision – et doit la notifier au salarié. C'est aussi une des raisons d'être de l'exigence de motivation : inviter l'employeur à mûrement réfléchir sa décision (très) lourde de conséquences pour le salarié (63). Quitte, pour celui-ci, à porter l'affaire jusque devant les tribunaux.

Précisément, la seconde série de justifications à la sévérité des juges en matière d'exigence d'énonciation des motifs des décisions patronales doit être recherchée, à

(53) Cf les manuels de l'époque, qu'il s'agisse du Précis Dalloz de Droit du travail de MM Gérard Lyon-Caen et Jean Pélissier (15^e éd. n° 292), ou du tome 1 du manuel de droit du travail de M. Gérard Couturier (PUF, 1990, n° 115) – cités par M. Jean Savatier, dans « L'obligation d'énoncer les motifs de licenciement et sa sanction », précité, p. 100. Toutefois, dès 1973, M. Gérard Lyon-Caen et Mme Marie-Claire Bonnetête soulignaient que « Cette énonciation, et donc sa réalité concrète, constitue donc à la fois une condition de forme et de fond du licenciement » (dans « La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juill. 1973 », précité). Et, en 1989, dans cette revue, M. Michel Henry proposait déjà de considérer que « L'énonciation fixe définitivement les limites du débat », et suggérait que toute « énonciation irrégulière » soit sanctionnée par « la sanction majeure du défaut de cause réelle et sérieuse » (dans « L'énonciation des motifs de licenciement après la loi du 30 déc. 1986 : le nouvel article L. 122-14-2 CT », précité).

(54) Soc. 20 mars 1990, Bull. V, n° 124.

(55) Et, a fortiori, lorsqu'aucune lettre de licenciement n'est transmise au salarié : Soc. 23 juin 1998, RJS 8-9/98, n° 971 (licenciement verbal).

(56) Soc. 29 nov. 1990, Rogié, Bull. V, n° 598.

(57) Cf. Soc. 26 janv. 1989, Bull. civ. V, n° 77 (limites du litige) ; Soc. 23 janv. 1997, Dr. Soc. 1997, 314, obs. Claude Roy-Loustanau (sanction de l'absence de motivation).

(58) Dans l'arrêt Rogié, le salarié (responsable d'un rayon boucherie) avait pratiqué la « réemballe » – technique bien connue dans le commerce alimentaire qui consiste à réemballer et à redater des produits périssables pour les remettre en vente, bien qu'ils soient avariés. Un peu de « sauce piquante » afin de masquer le goût, et le tour est joué... L'employeur avait licencié le salarié au motif (imprécis) de « fautes extrêmement graves ». Était-ce une simple maladresse ? Ou s'agissait-il, pour l'employeur, de masquer une pratique malheureusement assez courante et peu ragoûtante ? Accordons-lui le bénéfice du doute...

(59) Cf. Jean Savatier, « L'obligation d'énoncer les motifs de licenciement et sa sanction », précité, qui critique fermement l'arrêt Rogié.

(60) Tous les auteurs se prononcent d'ailleurs en ce sens.

(61) Cf. la deuxième partie de cet article, à paraître prochainement dans le Droit Ouvrier.

(62) Arrêt Janousek, cf. infra.

(63) Cf. Michel Henry, « L'énonciation des motifs de licenciement après la loi du 30 déc. 1986 : le nouvel article L. 122-14-2 CT », précité.

n'en pas douter, dans une bonne administration de la justice (64). Il apparaît évident, en effet, que le travail des juges est grandement facilité par le fait que les motifs de la décision patronale doivent impérativement être énoncés à un moment « T », sans pouvoir varier ultérieurement, notamment en cours de procédure. En précisant la sanction de l'absence d'énonciation, et par voie de conséquence sa portée, la Cour de cassation simplifie indéniablement le traitement juridictionnel du contentieux en matière disciplinaire et de licenciement – contentieux des plus épineux.

Finalement, l'énonciation des motifs de licenciement répond à deux finalités : assurer le respect des droits des salariés et faciliter le travail juridictionnel (65). Laquelle des deux l'a emporté sur l'autre dans la construction jurisprudentielle ? Difficile à évaluer (66). Surtout, la question présente assez peu d'intérêt : les deux se complètent, opportunément. Pour cette raison, au lieu d'être décriée, cette construction jurisprudentielle mérite d'être grandement saluée. Encore convient-il de s'accorder sur le point de savoir quel contenu donner à l'exigence d'énonciation des motifs de la décision patronale.

b) Le contenu de l'exigence d'énonciation des motifs de la décision patronale

Il s'agit ici de déterminer le degré de précision exigé à l'occasion de la motivation de la décision patronale notifiée au salarié, avec les conséquences que l'on sait.

A cet égard, la législation a évolué dans le sens d'une exigence de plus en plus forte de précision puisque si, à compter de la loi de 1973 (67), l'employeur doit indiquer « *la ou les causes réelles et sérieuses* » de licenciement, à partir de 1986 (68) l'obligation concerne « *le ou les motifs de licenciement* » (69). Comme l'a souligné M. François Duquesne, ce passage de la « cause » aux « motifs » était

destiné à éviter une dilution de l'exigence d'énonciation dans de vagues formulations (70).

Par ailleurs, toujours du côté de la loi, mais cette fois en matière disciplinaire, l'employeur doit, depuis 1982, notifier au salarié « *les griefs retenus contre lui* » (71).

Sur cette base évolutive, l'interprétation jurisprudentielle a été mouvante, faite de flux et de reflux, de « *corsi* » et de « *ricorsi* » (72). Avec, cependant, ici encore, comme ligne directrice : une exigence croissante de précision dans la motivation de la décision patronale.

Dans le célèbre arrêt *Janousek* de 1976 (73), la Chambre sociale décide qu'en ne s'étant pas conformé à son obligation légale de porter à la connaissance du salarié les causes réelles et sérieuses de son licenciement, alors que celui-ci en avait fait la demande dans les formes et délai requis, l'employeur devait être « *réputé de manière irrefragable ne pas en avoir* ». Le refus d'énonciation des causes du licenciement est donc sanctionné, par les juges, au même titre qu'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. En 1977, la Cour de cassation ajoute que l'employeur ne peut pas invoquer d'autres causes de licenciement que celle figurant dans la lettre de licenciement transmise à la demande du salarié (74).

Cette sévérité des juges, justifiée (75), a été fortement atténuée par la suite - moins en ce qui concerne le degré de précision exigé de l'employeur quant à la formulation des motifs, qu'en ce qui concerne le champ d'application de la présomption posée en 1976, qui s'est révélée, en vérité, être une présomption simple (très) facile à contrarier (76). Ainsi, en 1987, la doctrine stigmatisait « *la disparition de la jurisprudence Janousek* » (77), ou se demandait, en 1989, « *que reste-t-il de la jurisprudence Janousek après dix ans d'usure* » (78) ?

L'arrêt *Rogié* (79) de 1990 ouvre une seconde période – consécutive aux réformes de 1986 et de 1989 (80).

(64) Cette seconde finalité est souvent moins soulignée en doctrine que la première. Cf. néanmoins : Michel Henry, « L'énonciation des motifs de licenciement après la loi du 30 déc. 1986 : le nouvel article L. 122-14-2 CT », précité. Cf. également : Xavier Lagarde, « Réflexions de civiliste sur la motivation et autres aspects de la procédure de licenciement », Dr. Soc. 1998, 890 – article dont la tonalité est, toutefois, en net décalage avec le droit du travail, notamment en ce qu'il prône une approche centrée sur la théorie de l'abus de droit, fort heureusement abandonnée, à compter de 1973, en droit du licenciement.

(65) Cf. déjà Michel Henry, « L'énonciation des motifs de licenciement après la loi du 30 déc. 1986 : le nouvel article L. 122-14-2 CT », précité (titre de l'introduction).

(66) Dans l'ordre chronologique, la Cour de cassation a d'abord décidé que la lettre de licenciement fixait les limites du litige, puis qu'en l'absence de motif, ou en présence de motifs imprécis, le licenciement devait être considéré comme dénué de cause réelle et sérieuse (cf. *infra*). Mais peut-être n'est-ce pas symptomatique.

(67) Loi n° 73-680 du 13 juill. 1973.

(68) Loi n° 86-1320 du 30 déc. 1986.

(69) Art. L. 1232-6 C. trav. (licenciement pour un motif inhérent à la personne du salarié) et L. 12233-16 C. Trav. (licenciement pour motif économique).

(70) Cf. François Duquesne, « Énonciation du motif de licenciement et droit à la preuve du salarié », précité.

(71) Art. L. 1332-1 C. trav.

(72) Selon la formule du très regretté Gérard Lyon-Caen : « Le droit du travail, une technique réversible », Dalloz 1995, coll. Connaissance du droit.

(73) Soc. 26 oct. 1976, *Janousek*, D. 1977, jp, 544, note Antoine Jeammaud.

(74) Soc. 30 nov. 1977, *Sté Parcor*, Bull., IV, n° 656.

(75) Cf. *supra*.

(76) Notamment en ce qu'elle se conjugait avec la théorie jurisprudentielle de « l'apparence ». Cf. Michel Henry, « L'énonciation des motifs de licenciement après la loi du 30 déc. 1986 : le nouvel article L. 122-14-2 CT », précité, première partie. Cf. également Soc. 13 déc. 1979, *Briot*, D. 1981, jp, 26, note Marie-Jeanne Brissier-Nicolas.

(77) Jean-Emmanuel Ray, « Le nouveau droit du licenciement 1985-1987 », Dr. Soc. 1987, 665.

(78) Michel Henry, « L'énonciation des motifs de licenciement après la loi du 30 déc. 1986 : le nouvel article L. 122-14-2 CT », précité, 40.

(79) Précité.

(80) Cf. *infra*.

C'est, en effet, l'entrée de la jurisprudence qui assimile l'imprécision des motifs à une absence de motifs : l'employeur qui n'indique pas de motif suffisamment explicite est sanctionné pour licenciement injustifié. Exit les formulations telles que « *fautes extrêmement graves* » (81), « *difficultés relationnelles* » (82), ou « *raisons économiques* » (83), par exemple.

Puis la jurisprudence semble s'assouplir à nouveau (84), jusqu'à un arrêt en date du 3 mai 1995 qui relance le débat sur la question. Dans cet arrêt, la Chambre sociale considère en effet que « *la lettre de licenciement qui reproche à un salarié d'avoir commis des indélicatesses énonce un motif précis* » (85) – solution critiquée en doctrine en ce qu'elle « *fait litigieuse de l'exigence de réalité et de sérieux qui conditionne la légitimité du congédiement* » et semble amorcer « *un reflux jurisprudentiel des exigences de motivation imposées au chef d'entreprise durant la procédure de licenciement* » (86).

Finalement, face à la résistance de certaines juridictions du fond (87), par trois arrêts rendus en Assemblée plénière le 27 novembre 1998 (88), la Cour de cassation réaffirme son attachement à la jurisprudence *Rogié*, et à l'exigence de précision dans l'énonciation des motifs de la décision patronale. Elle décide, par exemple, que doit être condamné pour licenciement sans cause réelle et sérieuse l'employeur qui ne fait qu'énoncer dans la lettre de licenciement une « *faute grave* », quand bien même ladite lettre renvoie à celle de convocation à l'entretien préalable « *énonçant très précisément les faits reprochés* » (89).

Voilà, brossée à grand traits, l'évolution légale et jurisprudentielle relative au degré de précision exigé en matière d'énonciation des motifs de licenciement. Le contentieux en la matière est abondant, la jurisprudence relativement chaotique, souvent difficile à interpréter. Il faut reconnaître que l'enjeu est d'importance, et le problème posé délicat à résoudre : il n'est certainement pas facile, en

théorie comme en pratique, de déterminer ce qu'est un motif précis par opposition à un motif imprécis : « *la notion de motif imprécis (ou à l'inverse de motif suffisamment précis) est fluide, difficile à appréhender objectivement* » (90).

A cet égard, la Cour de cassation a apporté d'utiles **précisions complémentaires**. Ainsi, tout spécialement en matière de licenciement pour un motif inhérent à la personne du salarié (91), ne peuvent constituer les motifs exigés par la loi que « *des griefs matériellement vérifiables* » (92). M. Jean-Yves Frouin (93) a expliqué cette condition : le grief matériellement vérifiable ne se confond pas avec la cause catégorique du licenciement. « *C'est, en premier lieu, l'énoncé d'un grief, c'est-à-dire l'imputation au salarié d'un fait ou d'un comportement qui soit assez explicite pour être identifiable en tant que tel. Et c'est, en second lieu, l'énoncé d'un grief qui repose sur des éléments objectifs de telle manière qu'on puisse en vérifier la pertinence* » (94).

Par exemple, en cas de licenciement d'un salarié en raison de ses absences répétées ou prolongées pour maladie, la lettre de licenciement doit indiquer non seulement la nécessité du remplacement du salarié malade, mais également les perturbations que ses absences apportent au fonctionnement de l'entreprise (95).

Concernant le licenciement pour cause économique, les juges ont précisé que, dans la mesure où il existe une définition légale (96), la lettre de licenciement doit mentionner à la fois les raisons économiques (97) **et** leurs conséquences sur l'emploi (98) du salarié licencié (99). Ainsi, « *la seule énonciation de la cessation d'une des activités de l'entreprise* », sans indication de « *la raison économique de cette décision ni son incidence précise sur l'emploi ou le contrat de travail* » ne respecte pas l'exigence légale (100).

(81) Arrêt *Rogié*, précité.

(82) Cass. soc. 25 juin 1987, Bull. V, n° 236.

(83) Soc. 5 oct. 1994, Bull. V, n° 258.

(84) Cf. Patricia Pochet, « Les apports de la jurisprudence récente relative à la lettre de licenciement », Dr. Soc. 1995, p. 655.

(85) Soc. 3 mai 1995, *SA Neuvidis*, Dr. Soc. 1995, 676, obs. Henri Blaise et Dr. Soc. 1996, article de M. François Duquesne, « Énonciation du motif de licenciement et droit à la preuve du salarié », précité.

(86) François Duquesne, « Énonciation du motif de licenciement et droit à la preuve du salarié », précité, pp. 375 et 379.

(87) Cours d'appel de Lyon, de Douai, d'Aix-en-Provence et de Toulouse, par exemple.

(88) Ass. Plén. 27 nov. 1998, *Lemarie, Alves et Millard*, Dr. Soc. 1999, 19, cl^o Joinet, Dr. Ouv. 1999, 432, obs. Gaëlle Buseine.

(89) Arrêt *Millard*, précité.

(90) Jean-Yves Frouin, « Le point sur la motivation de la lettre de licenciement », précité, p. 544.

(91) *le*, pour motif « personnel ».

(92) Soc. 14 mai 1996, Bull. V, n° 189 et RJS 6/96, n° 664.

(93) « Le point sur la motivation de la lettre de licenciement », précité.

(94) P. 544.

(95) Soc. 19 oct. 2005, Dr. Soc. 2006, 109, obs. Jean Savatier – qui, une fois de plus, exprime sa « *peine à entrer dans [la] logique* » selon laquelle « *le formalisme dans l'énoncé des motifs de licenciement l'emporte sur l'examen au fond de ses motifs* » ; l'arrêt est également reproduit au Dr. Ouv. 2006, 314, obs. Chantal Verdin.

(96) Art. L. 1233-3 C. trav.

(97) Difficultés économiques, mutations technologiques, réorganisation de l'entreprise ou cessation d'activité.

(98) Suppression ou transformation d'emploi, ou refus d'une modification d'un élément essentiel du contrat de travail.

(99) Soc. 30 av. 1997, Bull. V, n° 150 et RJS 6/97, n° 675.

(100) Soc. 28 nov. 2006, RDT 2007, 175, obs. Philippe Waquet. Cf. toutefois, en matière de réorganisation de l'entreprise : Soc. 16 déc. 2008, Dr. Soc. 2009, 243, et les observations critiques de M. Gérard Couturier. Décidemment, en matière économique, la réorganisation de l'entreprise fait figure de motif « *passer-partout* »...

Malgré ces précisions, très importantes, la réelle difficulté qu'il y a, en pratique, à poser une ligne de partage entre motif précis et motif imprécis rend primordiale une vigilance accrue de la part des juges comme des parties. A cet égard, il convient de ne pas oublier les finalités de la règle d'énonciation des motifs de licenciement, ni les principes qui en sont le support. Une énonciation affaiblie met en péril aussi bien le droit à l'information et, par là-même, le droit à la défense des salariés que le contrôle judiciaire. Plus généralement, « toute possibilité de contrôle serait ruinée s'il était admis que l'employeur puisse se borner à faire état de motifs exprimés en termes vagues, imprécis ou trop généraux » (101).

C'est en ce sens qu'il faut comprendre, interpréter et approuver la jurisprudence de la Cour de cassation – pourtant parfois contestée lorsqu'elle s'exprime dans toute sa rigueur (102).

2) L'absence de motivation de la convocation à l'entretien préalable

Les règles relatives à l'entretien préalable sont plus nombreuses que celles relatives à l'énonciation des motifs de licenciement et, cependant, fondamentalement moins protectrices des droits de la défense des salariés. En particulier, en l'état actuel du droit positif, l'employeur n'a pas l'obligation de motiver la lettre de convocation à l'entretien préalable – alors même que la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne (103) prévoit (104) : « Les travailleurs ou leurs représentants doivent se voir garantir, aux niveaux appropriés, une information **en temps utile** (105), dans les cas et conditions prévus par le droit communautaire et les législations et pratiques nationales ».

Cette lacune du droit du travail français, en contradiction avec les finalités de l'entretien préalable (a), est depuis trop longtemps décriée (b).

a) Les finalités de l'entretien préalable

La Cour de cassation exige que les faits invoqués dans la lettre de licenciement fassent l'objet d'une discussion préalable entre les parties (106), d'où il résulte que l'entretien préalable n'est pas régulier si l'employeur ne fournit aucune explication au salarié (107).

Dans le même ordre d'idée, la Chambre sociale considère que l'entretien préalable ne doit pas se transformer en « enquête » en raison de la présence, lors de l'entretien, de la victime des coups reprochés au salarié et de deux témoins de l'incident (108). Tel n'est pas son objet.

Elle ajoute, complémentaiement, que les déclarations faites par le salarié au cours de l'entretien préalable peuvent rendre nécessaires des investigations susceptibles d'avoir une incidence sur les délais de la procédure (109) ; et que l'entretien doit être mené dans une langue compréhensible des deux parties (110). Etant entendu que le salarié bénéficie, sauf abus, d'une liberté de parole pour se défendre contre le projet patronal (111).

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 » (112), « l'entretien préalable [devant] permettre au salarié de connaître les motifs [de la décision] envisagé[e] et de s'expliquer à leur sujet » (113). Formalité prévue dans « le seul » intérêt des salariés (114), l'entretien préalable doit, finalement, leur permettre « d'organiser leur défense » (115).

Sur cette base, il est communément admis (116) que la finalité de l'entretien préalable est d'éviter la prise de décision patronale au moyen d'une dernière « **tentative de conciliation** » (117). L'entretien doit ainsi « permettre à l'employeur d'obtenir toutes les précisions souhaitables et de prendre (...) une décision éclairée » (118). Comme en témoigne la jurisprudence (119), il ne s'agit pas d'une « simple audition » (120). Au contraire : un véritable débat contradictoire doit s'instaurer.

(101) Michel Henry, « L'énonciation des motifs de licenciement après la loi du 30 déc. 1986 : le nouvel article L. 122-14-2 CT », précité, 43.

(102) Cf. obs. de M. Jean Savatier sous Soc. 19 oct. 2005, précité.

(103) Nice, 1^{er} sept. 2000, reproduite au Dr. Ouv. 2001, 105.

(104) Article 27, « Droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise ».

(105) Souligné par nous.

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

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

(108) Soc. 10 janv. 1991, *M. Saïd Takerkart*, Dr. Soc. 1991, 261, précédé d'un article de M. Jean Savatier (« L'entretien préalable au licenciement », précité).

(109) Soc. 17 fév. 1993, *Broca*, Dr. Soc. 1993, 381.

(110) Soc. 8 janv. 1997, Bull. V, n° 4, Dr. Ouv. 1997, 293.

(111) Soc. 19 juin 1991, *Kalou*, RJS 8-9/1991, n° 959.

(112) Art. L. 1232-3 C. trav.

(113) Cf. par exemple Soc. 8 janv. 1997, précité.

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

(115) Soc. 13 juin 1991, précité.

(116) En ce sens, notamment, Jean Pélissier, « La réforme du licenciement », précité ; Jean Savatier, « L'entretien préalable au licenciement », Dr. Soc. 1991, 258 ; Philippe Enclos, « Le déroulement de l'entretien préalable au licenciement », Dr. Soc. 1992, 988 ; François Taquet, « Réflexions sur l'entretien préalable au licenciement », JCP 1993, éd. E, I, 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 », Dr. Soc. 1993, p. 847.

(117) JO AN, débats relatifs à la loi du 13 juill. 1973, 23 mai 1973, p. 1441 : l'entretien préalable constitue une « tentative préalable de conciliation ».

(118) Jean Pélissier, « La réforme du licenciement », précité, p. 21.

(119) Cf. *supra*.

(120) *Contra* : François Taquet, « Réflexions sur l'entretien préalable au licenciement », précité, n° 11.

En effet, pour être efficace, la vocation conciliatrice de l'entretien préalable implique que le salarié soit véritablement mis en mesure de se défendre contre la décision que l'employeur envisage de prendre à son encontre – ce d'autant qu'ici l'employeur est à la fois « *juge et accusateur* » (121).

D'où il résulte que l'entretien préalable doit, nécessairement, être également placé sous le signe du **respect des droits à la défense des salariés** (122) – solution qui n'apparaît en rien contraire avec sa finalité conciliatrice. En effet, comme l'a souligné la Cour de cassation en matière prud'homale, pour qu'une conciliation entre employeur et salarié soit pleinement réussie, encore faut-il qu'ils aient reçu les informations nécessaires à la préservation de leurs droits (123). Il en va naturellement de même en matière de procédure préalable à une décision patronale - à cette différence près qu'au départ, l'information ne peut provenir que de l'employeur (124).

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* » (125).

Tout concourt, finalement, à mettre les droits de la défense des salariés au cœur de l'entretien préalable imposé par la loi. Or, l'absence de motivation de la lettre de convocation à cet entretien contrarie cette exigence.

b) Pour la motivation de la lettre de convocation à l'entretien préalable

La question de la motivation de la lettre de convocation à l'entretien préalable a été discutée lors de l'adoption de la grande loi de 1973 (126). Il semble que deux grands types d'arguments aient emporté l'adhésion de la majorité parlementaire vers la solution finalement retenue, à savoir l'absence de motivation (127).

Tout d'abord, **favoriser la conciliation entre les parties**, ce qui impliquerait de ne pas enfermer l'employeur dans les motifs qu'il aurait indiqués dans la lettre de convocation

à l'entretien préalable, *ie* lui laisser toute liberté à cet égard. Le raisonnement n'est pas convaincant (128). Il est rare que l'employeur revienne sur son projet, même après l'organisation de l'entretien préalable. Mais les quelques fois où cela arrive (129), c'est sans aucun doute dû au fait que le salarié a réussi à le convaincre, lors de l'entretien préalable, que la décision envisagée n'était pas justifiée. De manière à favoriser la conciliation, il conviendrait donc, plutôt, de permettre au salarié de préparer l'entretien préalable en lui indiquant, auparavant, les motifs de la décision projetée par l'employeur.

Un second argument a été utilisé pour ne pas imposer la motivation de la convocation à l'entretien préalable : **ne pas nuire au salarié**. Il a en effet été prétendu que cette motivation pourrait être préjudiciable aux salariés si les employeurs prenaient l'habitude d'exiger des candidats à l'embauche la production de la lettre de convocation, susceptible de contenir des informations défavorables à leur égard. Ce raisonnement n'a jamais été, lui non plus, bien convaincant (130). Aujourd'hui que la notification de la décision patronale doit, dans tous les cas, être motivée (131), il apparaît, de surcroît, en très net décalage.

Les arguments en faveur de la motivation de la lettre de convocation à l'entretien préalable apparaissent, quant à eux, décisifs. Le premier concerne évidemment la protection des **droits de la défense des salariés** : comment préparer efficacement l'entretien préalable sans connaître à l'avance les motifs de la décision projetée ? Mission impossible. Cette méconnaissance sera même improductive dans la mesure où l'effet de surprise est susceptible de mettre le salarié en difficulté (132).

De fil en aiguille, se pose finalement le problème de **l'égalité des armes** : n'ayant 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 (133), 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* » (134).

Indéniablement, lors de la procédure préalable, le salarié n'est pas informé en temps utile des motifs de la décision envisagée par l'employeur.

La doctrine a depuis longtemps relevé cette aberration : dès l'adoption de la loi, puis régulièrement par la suite

(121) Jean Savatier, « L'entretien préalable au licenciement », précité, p. 259.

(122) 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 », précité.

(123) Soc. 28 mars 2000, *Duraïroid*, Dr. Soc. 2000, 661, obs. Marianne Keller, Dr. Ouv. 2000, 392.

(124) Et non pas du juge.

(125) Jean Savatier, « L'entretien préalable au licenciement », précité, p. 259.

(126) Cf. Jean Pélissier, « La réforme du licenciement », précité, p. 12.

(127) Idem.

(128) Cf. notamment, Jean Pélissier, « La réforme du licenciement », précité.

(129) Une fois sur dix ?

(130) Idem.

(131) Cf. *supra*.

(132) Cf. Jean Pélissier, « La réforme du licenciement », précité, p. 21.

(133) Soc. 15 mai 1991, précité.

(134) Jean Pélissier, « La réforme du licenciement », précité, p. 13.

(135). La Cour de cassation n'en a pas moins décidé que l'employeur n'a pas obligation d'indiquer les motifs de la décision envisagée dans la lettre de convocation à l'entretien préalable (136). Ce qui n'empêche d'ailleurs pas certains employeurs de le faire (137).

La situation est-elle susceptible d'évoluer ? Certainement. Tout d'abord, la Chambre sociale pourrait fort bien, au nom du principe fondamental du respect des droits de la défense, opérer un revirement. N'a-t-elle pas décidé que, de manière à pouvoir « organiser sa défense », le salarié doit être averti « suffisamment à l'avance » du moment et de l'objet de l'entretien (138) ? Un petit pas de plus serait le bienvenu...

A défaut, le législateur pourrait intervenir, comme la doctrine le lui a régulièrement suggéré, tant « l'intérêt d'une telle réforme n'est plus à démontrer » (139).

S'agissant du droit des salariés à une information en temps utile, il reste à s'interroger sur une curieuse lacune : l'absence de protection du salarié empêché de se rendre à l'entretien préalable.

3) L'absence de protection du salarié empêché de se rendre à l'entretien préalable

Comme cela a déjà été souligné, la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que l'entretien préalable est une formalité prévue dans « le seul intérêt » des salariés. Il en résulte que l'employeur ne saurait leur reprocher de ne pas s'y être rendu (140). Cela veut aussi dire que le refus du salarié, régulièrement convoqué, de se rendre à l'entretien préalable n'empêche pas l'employeur de poursuivre la procédure – ce qui paraît à la fois logique et justifié.

Mais qu'en est-il du salarié empêché de se présenter à cet entretien, par exemple pour cause de maladie ? La Chambre sociale s'est également prononcée sur cette question dans un arrêt bien connu : l'arrêt *Lefebvre* en date du 25 novembre 1992 (141). Dans cet arrêt, elle

décide que « l'employeur a pour seule obligation (142) de convoquer régulièrement le salarié pour un entretien préalable ». En conséquence de quoi elle refuse de sanctionner un employeur qui n'avait pas donné suite à une demande de report de l'entretien préalable formulée par un salarié malade empêché, pour cette raison, de se rendre à l'entretien préalable à son licenciement. Ici encore, il résulte de la jurisprudence que la procédure pourra se poursuivre, quand bien même le salarié aura été privé de la chance de discuter contradictoirement avec son employeur de la décision projetée, cela pour des raisons indépendantes de sa volonté.

La solution, qui ne s'imposait guère, ne ménage absolument pas les droits de la défense des salariés (143). Il n'est évidemment pas question de retarder inutilement la procédure engagée par l'employeur. Cependant, en cas d'indisponibilité avérée et de courte durée du salarié, pour cause de maladie par exemple, exiger de l'employeur qu'il prenne en compte une demande de report ne bouleverserait pas outre mesure la procédure imaginée par le législateur. Au contraire : elle irait dans le sens de l'effectivité de cette procédure. Au nom des droits de la défense des salariés, il serait donc opportun que la Cour de cassation revienne sur cette jurisprudence discutable.

Dans le même ordre d'idée, il faut souhaiter qu'un jour, le législateur s'empare de cette question pour consacrer (et encadrer, bien entendu) un droit au report du salarié empêché de se rendre à l'entretien préalable. Et organiser sa représentation dans l'hypothèse où l'indisponibilité du salarié se prolongerait dans le temps, faisant obstacle à sa présence personnelle lors de l'entretien préalable. La doctrine s'est d'ailleurs, et depuis fort longtemps, prononcée en ce sens (144).

Le droit à une information en temps utile des salariés menacés d'une décision patronale apparaît, finalement, aisément perfectible. Il en va de même de leur droit à assistance.

(135) Cf. notamment : Gérard Lyon-Caen et Marie-Claire Bonnetête, « La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juill. 1973 », précité ; Jean Pélissier, « La réforme du licenciement », précité ; Jean-Claude Javillier, *Droit du travail*, LGDJ 1981, 2^e éd. p. 305, note 235 ; François Taquet, « Réflexions sur l'entretien préalable au licenciement », précité ; François Duquesne, « Les droits de la défense du salarié menacé de licenciement. Esquisse d'une réforme de la procédure de licenciement individuel », précité ; Jean Pélissier, Alain Supiot, Antoine Jeammaud, avec la collaboration de Gilles Auzero, Précis Dalloz de « Droit du travail », 24^e éd., 2008, p. 573.

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

(137) Cf. Philippe Enclos, « Le déroulement de l'entretien préalable au licenciement », précité.

(138) Soc. 13 juin 1991, précité. Cette précision a été donnée par les juges avant que l'ordonnance n° 2004-602 du 24 juin 2004 n'étende à tous les licenciements un délai de cinq jours ouvrables entre la convocation à l'entretien préalable et l'entretien lui-même (art. L. 1232-2 al. 3 C. trav.). Auparavant, ce délai ne concernait que les cas dans lesquels les salariés pouvaient chercher assistance à l'extérieur de l'entreprise (cf. *infra*). Aujourd'hui, cette précision jurisprudentielle reste utile

en droit disciplinaire, car celui-ci ne prévoit pas de délai minimum entre la convocation et l'entretien préalable (Soc. 19 mars 1991, Bull. civ. V, n° 146).

(139) François Duquesne, « Les droits de la défense du salarié menacé de licenciement. Esquisse d'une réforme de la procédure de licenciement individuel », précité 20.

(140) Soc. 15 mai 1991, *SA SATMA*, RJS 6/91, n° 740.

(141) JCP éd. E, j.p., 172, n° 462, note François Duquesne.

(142) Souligné par nous.

(143) En ce sens, note de M. François Duquesne sous Soc. 25 nov. 1992, *Lefebvre*, précitée, et du même auteur, « Les droits de la défense du salarié menacé de licenciement. Esquisse d'une réforme de la procédure de licenciement individuel », article précité.

(144) Cf. notamment Jean Pélissier, « La réforme du licenciement », précité ; François Duquesne note sous Soc. 25 nov. 1992, *Lefebvre*, précitée et du même auteur, « Les droits de la défense du salarié menacé de licenciement. Esquisse d'une réforme de la procédure de licenciement individuel », article précité.

B. Le droit à une assistance effective

Prévu dès 1973, le droit à une assistance lors de l'entretien préalable favorise, à l'évidence, l'instauration d'un débat contradictoire éclairé.

La loi du 13 juillet autorisait déjà le salarié à chercher assistance, mais seulement auprès d'un membre du personnel de l'entreprise. Cette restriction, critiquable, avait fait l'objet de débats lors des travaux parlementaires (145). Le risque fort bien compris était de priver du droit à assistance les salariés travaillant dans des entreprises dépourvues de représentants du personnel : difficile pour un salarié « non protégé » de prendre parti contre son employeur, en portant assistance à un collègue menacé de licenciement, sans craindre des représailles... pouvant aller jusqu'au licenciement.

Dans les faits, cette restriction rendait donc quasi inopérante la faculté d'assistance dans toutes les entreprises dépourvues de représentation du personnel. A ce propos, n'oublions pas que près d'un salarié sur cinq (146) travaille dans un établissement de moins de dix salariés - donc, de par la loi, sans délégué du personnel, comité d'entreprise ou délégué syndical (147), ce qui représente plus de 80 % (148) des établissements (149).

Pour améliorer ce droit à assistance, une loi de 1989 (150), modifiée en 1991 (151), a finalement donné l'autorisation, aux salariés convoqués à un entretien préalable, de chercher assistance auprès d'un « *assistant* » puis d'un « *conseiller* » du salarié extérieur à l'entreprise – mais seulement en l'absence d'institution représentative du personnel. La mission de ces conseillers du salarié a été décrite par le Conseil constitutionnel à deux reprises : il s'agit d' « *assister le salarié et l'informer de l'étendue de ses droits* » (152).

La création de cette nouvelle institution a fait couler beaucoup d'encre (153). La formule de M. Jean-Emmanuel Ray est d'ailleurs restée célèbre : pour lui, le conseiller du salarié est « *une fausse bonne idée* » (154).

S'il s'agissait de pallier l'absence de représentants du personnel dans de trop nombreuses entreprises, cette institution n'est évidemment pas à la hauteur du problème posé (155). A cet égard, le moindre des défauts du conseiller du salarié est d'entrer dans l'entreprise « *par la porte de sortie : la porte du cimetière* » (156).

S'il s'agissait de promouvoir les droits de la défense des salariés menacés d'une décision patronale, la création de cette nouvelle catégorie de salariés « protégés » n'est pas non plus à l'abri de toute critique (157). Par exemple, leur mission est plus que périlleuse s'ils ne veulent pas se transformer en « *conseiller des employeurs* » (158) ; leurs moyens insuffisants. Et il faut ici saluer le courage et le véritable « don de soi » des personnes, le plus souvent salariés en activité et syndicalistes, qui acceptent cette très lourde et délicate responsabilité, répondant indéniablement à un réel besoin (159).

Malgré l'apparition en 1989, tout compte fait salubre, des conseillers du salarié, le droit à assistance du travailleur menacé d'une décision patronale est, encore aujourd'hui, largement perfectible. Il faut souligner, à cet égard, l'incohérence entre les procédures disciplinaire et de licenciement (1°), de même que les regrettables restrictions dans le choix de l'assistant (2°).

1) L'incohérence entre les procédures disciplinaire et de licenciement

Le problème est assez simple – et pourrait être facilement résolu.

a) Les raisons d'une incohérence

En 1973, le salarié menacé de licenciement a été autorisé à chercher assistance, lors de l'entretien préalable, mais seulement auprès d'un membre du personnel de l'entreprise. Puis, en 1982, le législateur a imposé, en

(145) Cf. Jean Pélissier, « La réforme du licenciement », précité, p. 61 et ss.

(146) 24,5 %

(147) Enquête emploi de l'Unedec sur les effectifs salariés au 31 déc. 2005.

(148) 81,4%.

(149) Insee, Annuaire statistique de la France (2008).

(150) Loi n° 89-531 du 2 août 1989, relative au licenciement économique et au droit à la reconversion, art. 30.

(151) Loi n° 91-72 du 18 janv. 1991 relative au conseiller du salarié.

(152) Décision n° 89-257 du 25 juill. 1989 et décision n° 90-284 du 16 janv. 1991.

(153) Cf. notamment : Bertrand Mathieu, « Le conseiller du salarié, la représentation des travailleurs et la liberté d'entreprendre », D. 1991, chro. n° 23, p. 119 ; Jean-Emmanuel Ray, « Une fausse bonne idée : « le conseiller du salarié » (loi du 18 janv. 1991) », Dr. Soc. 1991, 476 ; Ludovic Roche, « Le conseiller du salarié : une institution complexe », Dr. Soc. 1994, 10 et « Le conseiller du salarié : la croisée des chemins », Dr. Ouv.

1994, 435 ; Catherine et Patricia Maynial, « Le statut du conseiller du salarié : le début de la « longue marche » vers la représentation du personnel dans les PME », Dr. Soc. 1994, p. 3 ; Daniel Boulmier, « Conseiller du salarié ou conseiller de l'employeur ? », Sem. Soc. Lamy n° 817 du 2 déc. 1996, p. 3.

(154) « Une fausse bonne idée : « le conseiller du salarié » (loi du 18 janv. 1991) », précité.

(155) Souligné par l'ensemble de la doctrine précitée, deux notes plus haut.

(156) Expressions empruntées successivement à M. Ludovic Roche (« Le conseiller du salarié : une institution complexe », précité, p. 14) et à un rapport de la DRTE des Pays de la Loire, cité par celui-ci (note 16).

(157) Idem.

(158) Cf. Daniel Boulmier, « Conseiller du salarié ou conseiller de l'employeur ? », précité.

(159) Pour le témoignage d'un conseiller du salarié, cf. Didier Schneider, « 100 licenciements », Editions Négatif, 2008.

matière disciplinaire, une procédure identique à celle instituée neuf ans plus tôt en droit du licenciement.

Ce n'est qu'en 1989 et 1991 que le législateur a complété le droit à assistance des salariés menacés de licenciement en les autorisant, en l'absence de représentation du personnel dans leur entreprise, à se procurer assistance auprès de conseillers du salarié. Cependant, l'extension de cette faculté d'assistance n'a pas été donnée aux salariés menacés d'une sanction disciplinaire – sans doute parce que la création du conseiller du salarié trouve son origine dans une loi relative au licenciement pour motif économique (160).

Aujourd'hui, donc, pour des raisons à première vue historiques, le droit à assistance s'exprime différemment selon la décision envisagée par l'employeur : en l'absence de représentants du personnel dans l'entreprise, cette assistance peut être recherchée auprès d'un conseiller du salarié s'il s'agit d'un licenciement, non pas s'il s'agit d'une sanction disciplinaire. Etant entendu que le droit du licenciement s'appliquant cumulativement avec le droit disciplinaire, lorsque la sanction projetée est un licenciement, le salarié a, le cas échéant, le droit de chercher assistance auprès d'un conseiller du salarié. Mais ce n'est là qu'une exception – notable – au principe de la différence de régime juridique entre procédure disciplinaire et procédure de licenciement, en matière de droit à assistance du salarié.

Plus de vingt ans ont passé depuis la création des conseillers du salarié. Il est grand temps d'harmoniser ces deux procédures.

b) L'incongruité de l'incohérence

Il est possible d'expliquer cette différence de situation par l'idée que le licenciement a des répercussions sur la relation de travail beaucoup plus importantes qu'une « simple » sanction disciplinaire – et ce serait là un euphémisme. L'argument n'est cependant pas recevable.

Tout d'abord, il ne faut pas négliger le lien à faire, dans de nombreuses hypothèses, entre sanction disciplinaire et rupture du contrat de travail. Car, en premier lieu, une sanction disciplinaire peut fort bien être le prélude à un licenciement. Il n'est dès lors pas inutile, loin s'en faut, de prévoir, dès ce stade, une assistance *effective* du salarié engagé dans une procédure disciplinaire.

En second lieu, la rupture anticipée pour faute grave des contrats à terme n'est évidemment pas régie par le droit du licenciement. Mais elle l'est par le droit disciplinaire (161) – qui n'offre malheureusement pas au salarié la possibilité de chercher, le cas échéant, une assistance

auprès d'une personne extérieure à l'entreprise. Le problème est identique lorsque l'employeur décide de mettre fin à la période d'essai en invoquant un motif disciplinaire (162). Dans ces deux cas, la sanction disciplinaire mène directement à la perte d'emploi.

Plus fondamentalement, l'assistance du salarié doit être placée dans l'orbite de ses droits à la défense, quelle que soit la décision envisagée par l'employeur. A cet égard, il est évident que, s'agissant de trouver assistance lors de l'entretien préalable organisé par l'employeur, les salariés menacés d'une sanction disciplinaire sont exactement dans la même situation que les salariés menacés de licenciement : en l'absence de représentants du personnel, cette recherche est le plus souvent vouée à l'échec, et leur droit à assistance grandement menacé d'ineffectivité.

La même cause devant produire les mêmes effets, il apparaît logique, et même nécessaire, d'harmoniser les procédures disciplinaire et de licenciement en ouvrant la faculté de recourir à un conseiller extérieur, y compris au salarié menacé d'une sanction disciplinaire autre que le licenciement.

Les juges n'auront vraisemblablement pas l'audace de franchir ce pas – quand bien même il ne s'agit que de consolider les droits de la défense des salariés. Il reste à espérer que le législateur ne restera pas éternellement indifférent à l'anomalie ici constatée.

La situation est quelque peu différente en matière de restriction dans le choix de l'assistant : les juges, s'ils le voulaient, pourraient utilement faire évoluer le droit en direction d'un affermissement des droits de la défense des salariés dans l'entreprise.

2) Les regrettables restrictions dans le choix de l'assistant

Rappelons que, depuis 1989, soit l'entreprise comporte une « *institution représentative du personnel* », auquel cas le salarié peut se faire assister lors de l'entretien préalable par « *une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise* » (163) ; soit l'entreprise en est dépourvue et le salarié peut chercher assistance auprès d'un « *conseiller du salarié* » extérieur à l'entreprise, choisi sur « *une liste dressée par l'autorité administrative, après consultation des organisations représentatives de salariés et d'employeurs* » (164) .

Deux grandes critiques peuvent être adressées à ce système qui limite à l'excès le choix, par les salariés, de leur assistant – au détriment de l'effectivité de leur droit à assistance. Du côté de la jurisprudence, l'appréciation faite

(160) Loi n° 89-549 du 2 août 1989 relative au licenciement économique et au droit à la reconversion qui, comme son nom ne l'indique pas, modifie la procédure applicable à tous les licenciements, en créant l'« assistant du salarié », rebaptisé « conseiller du salarié » par la loi du 18 janv. 1991 relative au conseiller du salarié (là, pas de méprise possible).

(161) Soc. 5 mars 1997, D. 1998, 241, note Karaquillo.

(162) Soc. 10 mars 2004, Bull. civ. V, n° 80.

(163) Art. L. 1232-4 C. trav.

(164) Art. L. 1232-7 C. trav.

de l'absence d'institution représentative du personnel mérite discussion (a). Du côté de la loi, les exigences posées pour recourir à un conseiller extérieur à l'entreprise apparaissent trop restrictives (b).

a) Une appréciation jurisprudentielle trop large de la présence d'institution représentative du personnel

Le problème posé concerne la délimitation du champ d'application de l'autorisation donnée aux salariés de chercher assistance à l'extérieur de l'entreprise. Le texte prévoit que le conseiller du salarié peut être sollicité par les travailleurs des « *entreprises dépourvues d'institutions représentatives du personnel* » (165). Sur cette base législative imprécise, sinon maladroite, une jurisprudence parfois regrettable s'est développée. Les juges ont eu à se prononcer sur ce qu'il fallait entendre par « *institution représentative du personnel* », ainsi que sur le périmètre d'appréciation de la présence de telles institutions.

S'agissant de la **notion d'institution représentative du personnel** au sens de l'article L. 1232-7 du Code du travail, la Cour de cassation a tout d'abord précisé qu'elle englobait le délégué syndical : « *la présence d'un délégué syndical dans l'entreprise suffit à écarter le recours à un conseiller extérieur à celle-ci* » (166). Cette solution ne relevait pas de l'évidence (167). Il est classique, en effet, de regrouper sous le vocable d'« institutions représentatives du personnel » celles qui sont élues par les salariés (168) et d'en exclure les représentants désignés par les syndicats (169). L'arrêt est donc surprenant sur ce point, mais non illogique : quel que soit le mode de reconnaissance de l'institution – l'élection ou la désignation – les salariés sont bel et bien représentés. Soulignons simplement, au passage, qu'avec cette interprétation large de la notion d'institution représentative du personnel, la Cour de cassation ne se montre guère sensible à l'argument tiré de l'effectivité du droit à assistance des salariés.

Puis la Cour de cassation s'est prononcée sur le représentant des salariés-créanciers dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires, cette fois pour lui dénier le titre d'institution représentative du personnel, au motif que : « *le représentant des salariés désigné en application de l'article 10 de la loi du 25 janvier 1985, devenu l'article L. 621-8 du Code de commerce, dispose d'attributions limitées aux seuls actes*

relatifs à la procédure ouverte à l'égard de l'entreprise qui l'emploie et qu'il ne peut dès lors être considéré comme une institution représentative du personnel » (170). La compétence, par trop limitée, des représentants des salariés-créanciers s'opposerait donc à ce que leur soit reconnue la qualité d'institution représentative du personnel.

La solution, motivée, apparaît logique : cette forme de représentation des salariés, éphémère et très limitée dans son objet, ne permet pas de la ranger parmi les institutions représentatives du personnel au sens de l'article L. 1232-7 du Code du travail. Il en va de même, par exemple, s'agissant du salarié mandaté par une organisation syndicale extérieure à l'entreprise dans le dessein de mener à bien une négociation collective d'entreprise, et pour le temps que durera cette négociation (171).

Il a été objecté, pour critiquer cette jurisprudence, que chacune des institutions représentatives du personnel s'est vue attribuer, par la loi, une compétence spécifique ; et d'en conclure que le représentant des salariés-créanciers, tout comme le salarié mandaté, devraient, pour cette raison, être élevés à ce rang (172). Mais l'argument est contestable : la *compétence* des différentes institutions représentatives du personnel, reconnues comme telles en jurisprudence au sens de l'article L. 1232-7 du Code du travail, est, certes, spécifique ; mais elle n'est pas limitée, dans sa durée comme dans son objet, à *une question* spécifique.

A ce propos, on peut s'interroger sur le point de savoir si le représentant de la section syndicale créé par la loi du 20 août 2008 doit être considéré comme une instance représentative du personnel au sens de l'article L. 1232-7 du Code du travail. Au regard de la jurisprudence précitée, la réponse doit, vraisemblablement, être positive : le représentant de la section syndicale a les mêmes prérogatives que le délégué syndical, à l'exception du pouvoir de négocier des conventions et des accords collectifs de travail (173). Sa compétence est donc précisée par les textes, mais non limitée à une question particulière.

S'agissant du **périmètre d'appréciation de la présence d'institution représentative du personnel**, les choses se gâtent quelque peu. En effet, dans un premier temps, au risque de limiter l'effectivité du droit à assistance, la

(165) Idem.

(166) Soc. 19 fév. 2002, *SA Cibox c/ Arnoux*, RJS 5/02, n° 547. Cf. Franck Petit, « Qu'est-ce qu'une institution représentative du personnel ? (Cour Cass., Ch. soc. 19 fév. et 27 juin 2002) », Dr. Soc. 2002, 1073.

(167) En ce sens Franck Petit, « Qu'est-ce qu'une institution représentative du personnel ? (Cour Cass., Ch. soc. 19 fév. et 27 juin 2002) », précité, et Jean Savatier, obs. sous Soc. 21 sept. 2005, *Arnoux*, Dr. Soc. 2006, 105.

(168) Délégués du personnel, membres des comités d'entreprises ou d'établissement, membres des CHSCT.

(169) Représentants des salariés désignés par les syndicats.

(170) Soc. 27 juin 2002, *SA Unalest*, Dr. Soc. 2002, 1079 (précité d'un article de M. Franck Petit : « Qu'est-ce qu'une institution représentative du personnel ? », Dr. Ouv. 2003, 247.

(171) *Contra* Franck Petit « Qu'est-ce qu'une institution représentative du personnel ? », précité.

(172) Cf. Franck Petit « Qu'est-ce qu'une institution représentative du personnel ? », précité.

(173) Art. L. 2142-1-1 du Code du travail.

Chambre sociale a décidé que ce périmètre correspondait à l'entreprise, et non pas à l'établissement (174). Dans une entreprise à établissements multiples, le salarié travaillant dans un établissement dépourvu d'institution représentative du personnel devra donc solliciter l'assistance de représentants du personnel travaillant dans d'autres établissements.

Cette solution est sans aucun doute inopportune : en pratique, elle met en péril le droit à assistance lorsque les établissements de l'entreprise sont géographiquement éloignés. Le salarié convoqué à un entretien préalable à Bordeaux peut être amené à demander assistance à un représentant du personnel strasbourgeois... Si critiquable qu'elle soit par son manque d'audace, cette solution jurisprudentielle apparaît néanmoins conforme à l'interprétation littérale de l'article L. 1232-7 du Code du travail : le texte vise l'absence d'institution représentative « dans l'entreprise ».

Il faut cependant ajouter que, dans un second temps, la Cour de cassation n'a pas hésité à prendre des distances avec la lettre du texte, et pour le coup faire preuve d'audace (175) – en décidant que le périmètre d'appréciation de l'existence d'une institution représentative du personnel au sens de l'article L. 1232-7 du Code du travail pouvait, s'il y en avait une, correspondre à l'unité économique et sociale (UES) (176). Ici encore, la solution n'est guère opportune tant elle réduit la possibilité de faire appel à un assistant extérieur, alors même que les sociétés composant l'UES peuvent être géographiquement éloignées.

Sur le fond, cette solution prête à discussion. L'unité économique et sociale regroupe des sociétés juridiquement distinctes, et c'est au niveau de chacune de ces entreprises que la procédure individuelle doit être engagée. Rien n'empêchait donc la Cour de cassation de refuser d'élargir à ce point le périmètre d'appréciation de l'existence d'une institution représentative du personnel au sens de l'article L. 1232-7 du Code du travail, de sorte que l'effectivité du droit à assistance des salariés soit confortée. La Haute juridiction ne vient-elle pas, dans un arrêt *Générali* (177), d'affirmer qu'une UES est privée de la personnalité morale et ne peut pas être considérée comme « l'employeur » des salariés des sociétés comprises dans son périmètre ? Et d'ajouter que l'objet de l'UES est « d'assurer la protection des droits des salariés appartenant à une même collectivité de travail ». La

jurisprudence critiquée est, sur ce plan, contreproductive. Avec l'arrêt *Générali*, l'UES a été « sauvée de ses excès (178) » – de seulement certains de ses excès. Il faudrait qu'il en aille de même en matière de droit à assistance des salariés.

Finalement, la jurisprudence relative au périmètre d'appréciation de la présence d'institution représentative du personnel au sens de l'article L. 1232-7 du Code du travail ne satisfait pas en ce qu'elle semble négliger la finalité du texte, à savoir la protection des droits de la défense des salariés dans l'entreprise, via l'effectivité de leur droit à assistance.

b) Des exigences légales trop restrictives dans le choix d'un conseiller extérieur à l'entreprise

Pour pouvoir chercher assistance à l'extérieur de l'entreprise, la loi pose deux grandes exigences : que l'entreprise soit dépourvue d'institution représentative du personnel et que l'assistant soit choisi sur une liste dressée par le représentant de l'Etat dans le département. L'une comme l'autre de ces deux conditions mérite discussion.

La condition d'absence d'institution représentative du personnel se comprend aisément : le conseiller du salarié ne doit intervenir qu'à titre supplétif, lorsque la recherche d'un assistant dans l'entreprise est par trop illusoire. Il s'agissait, en 1989, de ne pas trop brusquer les employeurs réticents à toute ingérence extérieure à leur entreprise. Mais aujourd'hui, ne peut-on aller de l'avant ?

Il y a des situations où, bien qu'une représentation du personnel soit mise en place dans l'entreprise, les salariés pourraient avoir intérêt à chercher assistance à l'extérieur de celle-ci. Il en va ainsi dans l'hypothèse, *a priori* rare, où les représentants du personnel présents dans l'entreprise ne seraient pas aptes à assister le salarié, ou ne le feraient que de mauvaise grâce – pour des raisons que l'on peut aisément imaginer : syndicats « maison » ou graves dissensions syndicales, par exemple. N'oublions pas, à ce propos, que les conseillers du salarié en fonction sont majoritairement syndiqués, que leur appartenance syndicale figure sur la liste proposée aux salariés convoqués à un entretien préalable, et que le pluralisme syndical s'y exprime. Ce qui n'est pas forcément le cas des représentants du personnel présents dans telle ou telle entreprise (179).

(174) Soc. 26 nov. 1996, *SA Miko*, Dr. Soc. 1997, 200, Dr. Ouv. 1997, 292.

(175) En ce sens, M. Jean Savatier, obs. sous Soc. 21 sept. 2005, *Arnoux*, précitées.

(176) Soc. 21 sept. 2005, *Arnoux*, précité.

(177) Cf. Antoine Lyon-Caen « L'UES sauvée de ses excès », Sem. Soc. Lamy 2007, n° 1218 du 3 sept. 2007 ; et Soc. 16 déc. 2008, *Sté Assurance France Générali et autres*, Dr. Ouv. 2009, 123 - Rapport de Mme Marie-Laure Morin (p. 117) et note de M. Pascal Rennes (p. 124) ; Dr. Soc. 2009, 500, obs. Jean Savatier.

(178) Pour reprendre le titre de l'article de M. Antoine Lyon-Caen, précité.

(179) A noter, à ce propos, que si l'implantation syndicale est en croissance (DARES, 2 avr. 2007, « Présence syndicale : des implantations en croissance, une confiance des salariés qui ne débouche pas sur des adhésions »), 23,5% des suffrages exprimés lors des élections aux comités d'entreprise sont recueillis par des listes non syndicales (DARES, 14 mai 2007, Résultat des élections aux comités d'entreprise en 2005).

Les salariés pourraient aussi avoir intérêt à chercher assistance à l'extérieur de l'entreprise dans l'hypothèse où l'éloignement géographique de leurs représentants constituerait un obstacle au droit à assistance. L'interprétation large de la notion d'institution représentative du personnel ainsi que du périmètre d'appréciation de leur implantation, qui domine en jurisprudence (180), met d'ailleurs en exergue le caractère discutable de l'exigence légale d'absence d'institution représentative du personnel, et ses incidences négatives en termes d'effectivité du droit à assistance des salariés.

La condition tenant à ce que l'assistant soit choisi sur une liste dressée par le représentant de l'Etat dans le département pose moins de problème. Elle limite cependant dangereusement le choix de l'assistant dans l'hypothèse où la liste de conseillers du salarié n'est pas assez étoffée pour « répondre à la demande » – ce qui est loin d'être une hypothèse d'école, à en croire les conseillers du salarié eux-mêmes qui, faute de disponibilité, sont parfois contraints de refuser l'assistance qui leur est pourtant réclamée.

Ces limites légales dans le choix de l'assistant trouvent sans aucun doute leur origine dans la réticence patronale à admettre l'intrusion dans l'entreprise d'une personne extérieure à celle-ci. Mais cette position patronale - espérons-le minoritaire - ne doit, à l'évidence, pas primer sur la légitime protection des droits de la défense des salariés, via l'instauration d'un véritable débat contradictoire, jusque dans l'entreprise.

Dès lors qu'âgée aujourd'hui de vingt ans, l'institution du conseiller du salarié est majeure (181), ancrée dans la pratique et a fait la démonstration de son utilité, pourquoi ne pas offrir à tous les salariés la possibilité de chercher assistance à l'extérieur de l'entreprise, quand bien même leur entreprise serait dotée d'institution représentative du personnel – et, corrélativement, augmenter les listes de conseillers du salarié, ou bien encore autoriser tous les délégués et permanents syndicaux à assister les salariés lors d'un entretien préalable (182).

Il faudrait, certes, prévoir des moyens correspondants. Mais dans des limites raisonnables : pour des raisons évidentes, dans les entreprises dotées d'institutions représentatives du personnel, les salariés sont plutôt

enclins à chercher assistance auprès de leurs collègues-représentants.

En conclusion, il convient de souligner que l'affermissement du droit à un débat contradictoire des salariés, lorsque l'employeur envisage de prendre une décision à leur encontre, va tout à fait dans le sens de l'évolution souhaitée, et planifiée, par le législateur. Pour s'en convaincre, il suffit de s'arrêter un instant sur les sanctions prévues en cas de non-respect des règles de procédure - qui démontrent l'importance attachée par la loi à l'effectivité d'un débat contradictoire dans l'entreprise.

En droit disciplinaire, la loi du 4 août 1982 a prévu que « le Conseil de prud'hommes peut annuler une sanction irrégulière en la forme » (183). Autant dire que la violation des règles de la procédure disciplinaire peut conduire à la nullité de la sanction prononcée (184). Cette solution a d'ailleurs été amplifiée par la jurisprudence qui considère que le délai maximal d'un mois imposé par la loi entre l'entretien préalable et la prise de décision de l'employeur (185) constitue une règle de fond entraînant l'annulation de la sanction (186).

Ce choix de la nullité de la décision irrégulièrement prise par l'employeur est pleinement justifié. D'abord parce qu'il apparaît des plus logiques de prévoir la nullité d'un acte juridique (comme le prononcé d'une sanction disciplinaire – ou d'un licenciement) contrevenant aux règles posées par la loi (qu'il s'agisse de règles de forme ou de fond) (187). Ensuite, parce que le non-respect des règles de procédure porte atteinte à un droit fondamental : le droit à la défense des salariés (188).

Plus généralement, on ne le soulignera jamais assez : la sanction de la violation des règles qui encadrent les décisions unilatérales prises par les employeurs, qui affectent les intérêts des salariés et qui s'imposent pourtant à eux, devrait être – dans tous les cas – la nullité.

Ce n'est cependant pas le cas : le droit du licenciement, s'il laisse une place à la nullité (189), ne le fait qu'avec grande parcimonie. D'ailleurs, si le juge peut annuler une sanction disciplinaire irrégulière en la forme, c'est à l'exception notable de la sanction la plus lourde, à savoir le licenciement disciplinaire – le Code du travail renvoyant, dans ce cas, au droit du licenciement (190).

(180) Cf. *supra*.

(181) Dans tous les sens du terme.

(182) Cf. Jean-Emmanuel Ray, « Une fausse bonne idée : « le conseiller du salarié » (loi du 18 janv. 1991) », p. 478 : « il eut sans doute suffit d'accepter que les délégués et permanents syndicaux, très majoritaires, puissent accompagner le futur licencié ». Par ailleurs, dès 1973, il était proposé que les salariés puissent recourir à l'assistance « d'un avocat ou d'un délégué de l'organisation syndicale, même extérieur à l'entreprise » - Gérard Lyon-Caen et Marie-Claire Bonnetête, « La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juill. 1973 », précité, p. 497.

(183) Art. L. 1333-2 C. trav.

(184) Cf. par exemple Soc. 14 nov. 1995, RJS 1995, n° 1246.

(185) Art. L. 1332-2 C. trav.

(186) Soc. 17 janv. 1990, Bull. civ. V, n° 13.

(187) En ce sens, notamment, Gérard Lyon-Caen et Marie-Claire Bonnetête, « La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juill. 1973 », précité.

(188) 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 », article précité.

(189) Licenciement discriminatoire, notamment (art. L. 1132-1 C. trav.).

(190) Art. L. 1333-3 C. trav.

Précisément, en **droit du licenciement**, depuis 1973, le Code du travail organise deux régimes différents, en cas de non-respect des règles de procédure. L'ancien article L. 122-14-5 du Code du travail prévoyait que seule une indemnité calculée en fonction du préjudice subi devait être versée aux salariés de moins de deux ans d'ancienneté ou travaillant dans une entreprise de moins de onze salariés – solution reprise par l'actuel article L. 1235-5. Pour les autres salariés (191), mieux traités, deux catégories de sanctions étaient instituées par l'ancien article L. 122-14-4 du Code du travail, à la condition toutefois que le licenciement soit fondé sur une cause réelle et sérieuse (192) : le tribunal saisi devait imposer à l'employeur d'accomplir la procédure prévue et accorder au salarié une indemnité, à la charge de l'employeur, qui ne pouvait être supérieure à un mois de salaire. Ce mécanisme se retrouve, quant à lui, dans l'actuel article L. 1235-2 (193).

Autant dire que le Code du travail prévoit, encore aujourd'hui, l'obligation pour l'employeur de réitérer la procédure de licenciement irrégulière du salarié d'au moins deux ans d'ancienneté travaillant dans une entreprise d'au moins onze salariés, quand bien même ce licenciement serait justifié. C'est dire l'attachement accordé par le législateur au bon déroulement de la procédure préalable.

Cette obligation de réitération rappelle « *les mécanismes applicables dans le cadre de l'instance en cas de violation du principe de la contradiction et plus généralement chaque fois qu'il est porté atteinte aux droits de la défense des plaideurs* » (194). Sur cette base, à l'instigation de la doctrine (195), des juridictions du fond, statuant en référé, ont d'ailleurs cru bon de décider que, dans l'hypothèse où la procédure de

licenciement n'a pas été observée, il y a urgence à faire cesser ce trouble manifestement illicite, et qu'il convient d'imposer à l'employeur l'accomplissement de la procédure légale ou la réintégration des salariés irrégulièrement licenciés (196).

On sait qu'au mépris du texte la Cour de cassation, a décidé que les juges du fond ne sont pas tenus de condamner l'employeur à réitérer la procédure de licenciement (197) et, surtout, que le juge des référés est incompétent pour l'y contraindre (198). Cette jurisprudence a été maintes fois critiquée (199). Elle conduit en effet à reléguer la procédure de licenciement au rang de « *formalité accessoire* », « *simple règle du jeu* » (200), dont l'intérêt ne réside malheureusement plus dans la protection qu'elle procure au salarié menacé d'une décision patronale, mais finit par se résumer au seul versement d'indemnités compensatrices.

Quoi qu'il en soit, en 1991 (201), le législateur a rappelé – une fois de plus – son attachement à la procédure de licenciement, via les sanctions édictées en cas de non-respect des règles relatives à l'assistance du salarié lors de l'entretien préalable. En effet, en cas d'inobservation de ces règles, le Code du travail prévoyait que, quand bien même le salarié aurait moins de deux ans d'ancienneté ou travaillerait dans une entreprise de moins de onze salariés, le régime de sanctions plus favorable prévu par l'ancien article L. 122-14-4, pour les salariés d'au moins deux ans d'ancienneté travaillant dans une entreprise d'au moins onze salariés devait être appliqué : indemnité d'un mois de salaire maximum pour non-respect de la procédure et, éventuellement, de six mois de salaire minimum en cas de licenciement injustifié (202).

(191) Salarié d'au moins deux ans d'ancienneté travaillant dans une entreprise occupant au moins onze salariés.

(192) Si le licenciement apparaît dénué de cause réelle et sérieuse, le salarié a droit à une indemnité d'au moins six mois de salaire, la sanction de cette irrégularité de fond absorbant la sanction d'éventuelles irrégularités de procédure – art. L. 1235-3 C. trav (ancien art. L. 122-14-4).

(193) Cette différence dans le régime applicable en cas de violation du droit du licenciement, en fonction de l'ancienneté du salarié et de la taille de l'entreprise, a pu légitimement être qualifiée d'« absurde », voire de « monstrueuse » - Gérard Lyon-Caen et Marie-Claire Bonnetête, « La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juill. 1973 », précité, p. 498. En effet, on ne peut pas admettre que l'ancienneté serve à « *moduler les droits des salariés victimes d'une faute de l'employeur dans l'exercice* » de son pouvoir de licencier ; ni admettre que les entreprises de moins de onze salariés bénéficient « *d'un permis de ne pas respecter le droit du travail* ».

(194) François Duquesne, « Les droits de la défense du salarié menacé de licenciement. Esquisse d'une réforme de la procédure de licenciement individuel », article précité, p. 852.

(195) Cf. Gérard Lyon-Caen et Marie-Claire Bonnetête, « La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juill. 1973 », précité : « *On ne saurait donc trop conseiller aux salariés licenciés au*

mépris de la procédure légale, d'en exiger immédiatement l'accomplissement en recourant à la procédure de référé, l'urgence découlant du caractère primordial du déroulement de ces formalités avant le licenciement » (p. 506).

(196) Soc. 26 oct. 1976 et 9 fév. 1977, précité.

(197) Soc. 16 mars 1998, Dr. Soc. 1979, 291, note Jean Savatier.

(198) Soc. 26 oct. 1976 et 9 fév. 1977, D. 1977, jp, 544, note Antoine Jeammaud.

(199) Cf. notamment, Jean Pélissier, « Le nouveau droit du licenciement », Sirey 1980, 2^e éd., p. 280 et ss ; Antoine Jeammaud, note sous Soc. 26 oct. 1976 et 9 fév. 1977, précitée ; François Duquesne, « Les droits de la défense du salarié menacé de licenciement. Esquisse d'une réforme de la procédure de licenciement individuel », article précité, p. 852 ; Jean Pélissier, Alain Supiot, Antoine Jeammaud et Gilles Auzero, Précis Dalloz de « Droit du travail », 24^e éd., 2008, n° 457 et ss.

(200) Les expressions sont empruntées à M. François Duquesne, « Les droits de la défense du salarié menacé de licenciement. Esquisse d'une réforme de la procédure de licenciement individuel », article précité.

(201) Loi du 18 janv. 1991, précitée.

(202) Par exception, ce cumul était autorisé.

En la matière, la Cour de cassation s'est, dans un premier temps, ralliée à la lettre du texte (203). D'où il résultait qu'une « simple » irrégularité de procédure concernant la faculté, pour le salarié menacé dans son emploi, de chercher assistance auprès d'un conseiller du salarié, lui ouvrait la porte du régime juridique plus favorable organisé par l'ancien article L. 122-14-4. Imaginez : un mois de salaire maximum en cas de licenciement justifié, et six mois de salaire minimum en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse – au lieu d'une simple indemnité calculée en fonction du préjudice subi. C'était sans doute trop...

En effet, opérant un revirement de jurisprudence (204), la Cour de cassation a finalement décidé que les sanctions « aggravées » de l'article L. 122-14-4 ne s'appliquaient, en cas de non-respect des dispositions relatives au conseiller du salarié, qu'en ce qui concerne les irrégularités de procédure, que le licenciement soit – ou non – justifié (205). Le salarié de moins de deux ans d'ancienneté ou travaillant dans une entreprise de moins de onze salariés privé d'assistance extérieure lors de l'entretien préalable pouvait encore réclamer un mois de salaire pour irrégularité de procédure ; mais seulement des indemnités calculées en fonction du préjudice subi en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse – au lieu du minimum de six mois de salaire auparavant. La Chambre sociale a donc pris des distances avec la lettre de l'ancien article L. 122-14-5 du Code du travail, réduisant d'autant la sanction applicable en cas de non-respect des règles relatives au conseiller du salarié.

Cela n'a pourtant pas déplu à la commission de recodification : le nouvel article L. 1235-5 du Code du travail prévoit clairement qu'en cas de violation de l'article L. 1235-2 relatif au conseiller du salarié, *seules* les sanctions « améliorées » des *irrégularités de procédure* organisées par l'article L. 1235-2 sont applicables, même pour les salariés ayant moins de deux ans d'ancienneté ou travaillant dans une entreprise de moins de onze salariés, et même lorsque le licenciement est justifié faut-il préciser (206).

La sanction du non-respect des dispositions relatives à l'assistance du salarié en l'absence d'institution représentative du personnel dans l'entreprise a donc été entraînée dans une spirale absorbante, à l'instigation de la jurisprudence et de la commission de recodification.

Il n'en demeure pas moins qu'aujourd'hui encore, cette sanction est plus lourde qu'en droit commun puisqu'elle ouvre exceptionnellement droit au versement d'une indemnité d'un mois de salaire, y compris aux salariés de moins de deux ans d'ancienneté ou travaillant dans une entreprise de moins de onze salariés.

Il faut finalement retenir de ce régime de sanctions, qu'à juste titre, le législateur a délibérément souligné l'importance qu'il convient d'accorder à l'instauration d'un véritable débat contradictoire dans l'entreprise, lorsqu'une décision unilatérale est envisagée par les employeurs à l'encontre des salariés. Ces derniers se sont vus dotés d'un droit de savoir et d'un droit de discuter – même s'il est encore aujourd'hui largement perfectible.

(juillet 2010)
(à suivre)

(203) Soc. 19 juill. 1995, Dr. Soc. 1995, 934, note Jean Savatier : il résulte de l'article L. 122-14-5 [L. 1235-5] dans sa rédaction issue de la loi du 18 janv. 1991 que les sanctions édictées par l'article L. 122-14-4 [L. 1235-2] sont, par exception, applicables aux salariés ayant moins de deux ans d'ancienneté dans l'entreprise et aux licenciements opérés par les employeurs occupant habituellement moins de onze salariés, en cas d'inobservation des dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 122-14 [L. 1232-7] relatives à l'assistance du salarié par un conseiller. Cf. également Soc. 13 nov. 1996, Dr. Soc. 1996, 1096, obs. Philippe Waquet, et, en dernier lieu, Soc. 26 juin 2001, RJS 10/01, 1130.

(204) Soc. 5 fév. 2003, *Sté Juri-fisc c/ Cujas*, Dr. Soc. 2003, 398, note Bernard Gauriau.

(205) Donc, en cas de licenciement injustifié, cumul d'une indemnité d'un mois au titre de l'irrégularité de procédure et d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (« abusif », dit improprement le Code du travail) calculée selon le préjudice subi.

(206) Solution susceptible de reposer sur le principe de recodification à droit constant – en l'occurrence la jurisprudence issue de l'arrêt du 5 février 2003, précité (cf. Soc. 27 janv. 2010, *Sté SNN Clermont*, Lexbase hebdo, éd. sociale, n° 382 du jeudi 11 fév. 2010, article de M. Christophe Radé, « La Cour de cassation gardienne du principe de recodification du Code du travail à droit constant »). A ceci près qu'en l'occurrence, la « recodification à droit constant » consacre une évolution jurisprudentielle restrictive... et modifie, donc, le texte de loi.

Association française de Droit du travail
et de la Sécurité sociale

Rens. : www.afdt-asso.fr