



RAPPORT DE M. REDON, CONSEILLER RÉFÉRENDIAIRE

Arrêt n° 952 du 25 septembre 2024 (B) – Chambre sociale

Pourvoi n° 23-18.545

Décision attaquée : Cour d'appel d'Amiens du 24 mai 2023

**La société MSB OBI
C/
M. [U] [J]**

Ce rapport contient un projet de rejet non spécialement motivé concernant le moyen pris en sa seconde branche

1 - Rappel des faits et de la procédure

Selon l'arrêt attaqué (Amiens, 24 mai 2023), M. [J] a été engagé par la société Bricorama à compter du 8 janvier 2007. Le contrat a été transféré à la société MSB OBI à compter du 11 juin 2019, alors que le salarié occupait les fonctions de directeur de magasin.

Par lettre du 6 mars 2020, M. [J] a été convoqué à un entretien préalable à un éventuel licenciement fixé au 16 mars 2020, qui a été annulé par l'employeur. Par lettre du 13 mai 2020, il a de nouveau été convoqué à un entretien préalable, qui a eu lieu le 26 mai 2020.

Par lettre du 15 juin 2020, il a été licencié pour faute grave.

Par jugement du 19 janvier 2022, le conseil de prud'hommes a :

- déclaré la demande du salarié recevable ;
- condamné l'employeur à payer au salarié des sommes à titre de rappel de salaires et congés payés afférents et au titre de l'article 700 du code de procédure civile, ordonné à l'employeur sous astreinte de délivrer au salarié des documents de fin de contrat, condamné l'employeur aux dépens, dit n'y avoir lieu à exécutoire provisoire, et débouté les parties de toutes leurs autres demandes.

Par arrêt du 24 mai 2023, la cour d'appel a:

- infirmé le jugement du 19 janvier 2022 en ses dispositions soumises à la cour, sauf en ce qui concerne les dommages-intérêts pour licenciement brutal et vexatoire, les frais irrépétibles et les dépens,

statuant à nouveau et y ajoutant,

- dit le licenciement sans cause réelle et sérieuse,
- condamné l'employeur à payer au salarié des sommes au titre de l'indemnité conventionnelle de licenciement, de l'indemnité compensatrice de préavis, des congés payés afférents, à titre de dommages et intérêts et de frais irrépétibles,
- ordonné à l'employeur de remettre au salarié les documents de fin de contrat conformes à la décision rendue dans le mois de la notification de l'arrêt,
- ordonné à l'employeur de rembourser à l'antenne Pôle emploi concernée les indemnités de chômage versées à l'intéressé depuis son licenciement dans la limite de trois mois de prestations,
- rejeté le surplus des demandes,
- condamné l'employeur aux dépens d'appel.

Déclaration de pourvoi: 13 juillet 2023

Dépôt et signification du mémoire ampliatif: 8 novembre 2023

Dépôt et signification du mémoire en défense: 8 janvier 2024

Dépôt et signification du mémoire complémentaire en défense: 15 février 2024

MA : 3 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile

MD : 3 500 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile

2 - Analyse succincte du moyen

L'employeur fait grief à l'arrêt de dire que le licenciement du salarié est sans cause réelle et sérieuse, de le condamner à verser au salarié des sommes au titre de l'indemnité conventionnelle de licenciement, de l'indemnité compensatrice de préavis, des congés payés afférents, des dommages et intérêts et des frais irrépétibles et de lui ordonner de rembourser à Pôle emploi les indemnités de chômage versées au salarié dans la limite de trois mois de prestations alors:

« 1°/ que l'article 11, I, 2° de la loi n°2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 habilite le gouvernement, « afin de faire face aux conséquences, notamment de nature administrative ou juridictionnelle, de la propagation de l'épidémie de covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation », à prendre par ordonnance « toute mesure (...) adaptant, interrompant, suspendant ou reportant le terme des délais prévus à peine de nullité, caducité, forclusion, prescription, inopposabilité, déchéance d'un droit, fin d'un agrément ou d'une autorisation ou cessation d'une mesure, à l'exception des mesures privatives de liberté et des sanctions » ; que l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période, prise en application notamment de l'article 11, I, 2° de la loi n° 2020-290, définit dans son titre Ier des « dispositions générales relatives à la prorogation des délais » ; que l'article 1er de cette ordonnance, modifiée par l'ordonnance n° 2020-560 du 13 mai 2020, prévoit dans son point I que les dispositions de ce titre Ier « sont applicables aux délais et mesures qui ont expiré ou qui expirent entre le 12 mars 2020 et le 23 juin 2020 inclus » et précise, dans son point II, que les dispositions du titre Ier ne sont pas applicables à certains délais qu'il énumère de manière limitative, dont les « délais et mesures ayant fait l'objet d'autres adaptations particulières par la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 ou en application de celle-ci » ; que l'article 2 de l'ordonnance n° 2020-306 modifiée prévoit que « tout acte, recours, action en justice, formalité, inscription, déclaration, notification ou publication prescrit par la loi ou le règlement à peine de nullité, sanction, caducité, forclusion, prescription, inopposabilité, irrecevabilité, péremption, désistement d'office, application d'un régime particulier, non avenu ou déchéance d'un droit quelconque et qui aurait dû être accompli pendant la période mentionnée à l'article 1er sera réputé avoir été fait à temps s'il a été effectué dans un délai qui ne peut excéder, à compter de la fin de cette période, le délai légalement imparti pour agir, dans la limite de deux mois » ; qu'il résulte des dispositions précitées que tous les délais prescrits par la loi ou le règlement pour l'accomplissement d'un acte sous peine de prescription et expirant entre le 12 mars 2020 et le 23 juin 2020 ont été prorogés par l'ordonnance précitée, y compris les délais de prescription prévus par le code du travail en matière disciplinaire qui ne sont pas listés dans le II de l'article 1er de l'ordonnance n° 2020-306 et n'ont pas fait l'objet d'adaptation particulière par la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 ou une autre ordonnance prise en application de cette loi ; qu'en affirmant néanmoins que « l'article 11 2° de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 ayant expressément exclu les sanctions, l'article 2 de l'ordonnance n° 2020306 du 25 mars 2020, prise en application de cette loi, ne pouvait pas proroger les délais applicables en matière de procédure disciplinaire », pour juger que les faits reprochés à M. [J], commis plus de deux mois avant l'envoi de la convocation à un entretien préalable, le 13 mai 2020, étaient prescrits, peu important que le délai de prescription de ces faits ait expiré entre le 12 mars 2020 et le 23 juin 2020, la cour d'appel a violé les textes précités, ensemble les articles L. 1332-2 et L. 1332-4 du code du travail ;

2°/ que la convocation du salarié à un entretien préalable à une sanction disciplinaire a interrompu la prescription, nonobstant le report de cet entretien, dès lors que ce report a été décidé par l'employeur pour assurer la protection de la santé et de la sécurité du salarié à l'annonce des mesures gouvernementales de confinement généralisé visant à éviter les contacts sociaux afin de prévenir la propagation de l'épidémie covid-19 ; qu'en l'espèce, il est constant que la société MSB OBI, qui a adressé au salarié le 6

mars 2020 une première convocation à un entretien préalable fixé au 16 mars 2020, a décidé, le 16 mars 2020, de reporter sine die la tenue de cet entretien en raison des « mesures gouvernementales liées au covid 19 et pour préserver la santé et la sécurité de tous » ; qu'en jugeant que, cette première convocation « n'a pu valablement interrompre la prescription des faits fautifs », dès lors que ce report n'était pas « imputable au salarié, qui était libre de se déplacer le 16 mars 2020, le confinement n'ayant débuté que le 17 mars 2020 à 12h », cependant que ce report était justifié par l'obligation, pour l'employeur, d'assurer la protection de la santé de tous les participants à cet entretien dans le contexte exceptionnel de l'annonce des mesures gouvernementales précitées, la cour d'appel a violé les articles L. 4121-1, L. 1332-2 et L. 1332-4 du code du travail. »

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

La date d'expiration du délai dans lequel doit être ouverte sous peine de prescription une procédure de licenciement disciplinaire relative à des faits commis moins de deux mois avant le 12 mars 2020 peut-elle faire l'objet d'une prorogation en vertu de la loi d'habilitation n°2020-290 du 23 mars 2020 et de l'ordonnance n°2020-306 du 25 mars 2020 ?

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4-1 Proposition de rejet non spécialement motivé concernant la deuxième branche

Le grief soutenu par la deuxième branche revient à affirmer que l'employeur ne pouvait en tout état de cause pas procéder à l'entretien préalable au licenciement le 16 mars 2020 à 14 heures comme le prévoyait la convocation du 6 mars 2020, dès lors qu'il lui appartenait d'assurer la sécurité de ses salariés.

Le grief doit être rejeté car il est **irrecevable comme nouveau, et au surplus, mal fondé**.

Tout d'abord, le grief est nouveau et mélangé de fait et de droit

Selon l'article 619 du code de procédure civile, les moyens nouveaux ne sont pas recevables devant la Cour de cassation.

Un moyen est considéré comme nouveau notamment lorsqu'il est fondé sur des pièces nouvelles, des faits nouveaux, ou sur une interprétation nouvelle des pièces produites¹. Devant la cour d'appel, le salarié soutenait déjà que les faits ayant motivé son licenciement disciplinaire étaient prescrits, le délai de deux mois ayant commencé à courir le 14 janvier 2020, ce qui n'a pas été contesté.

L'employeur répondait à cette exception de la manière suivante:

¹ J. Et L. Boré, *La cassation en matière civile*, Dalloz action, ed. 2023/2024, n°82.95, 82.96 et 82.97

« Les faits commis par monsieur [J] et ayant justifié son licenciement pour faute grave datent des mois de janvier et février 2020, les plus anciens remontant au 14 janvier 2020. La société disposait donc, en théorie, jusqu'au 14 mars 2020 pour le convoquer à un entretien préalable.

Or, le 6 mars 2020, la société remettait à monsieur [J], un premier courrier de convocation à entretien préalable, fixé au 16 mars 2020.

Le 16 mars 2020 commençait toutefois la première période de confinement en France, laquelle sera plusieurs fois reconduite jusqu'au 11 mai 2020. C'est donc naturellement que son entretien préalable, initialement fixé au 16 mars 2020, ne pourra se tenir, ce dont monsieur [J] sera informé suivant courrier électronique du même jour. »

Devant la cour d'appel, l'employeur soutenait donc non pas que son obligation de sécurité lui avait commandé de reporter l'entretien, mais qu'au 16 mars 2020, le confinement avait commencé. Comme l'a relevé la cour d'appel, cette assertion était inexacte, dès lors que l'interdiction de se déplacer sans motif spécifique est entrée en vigueur le 17 mars 2020 à 12h:

« La première convocation du 6 mars 2020 n'ayant pas été suivie du licenciement disciplinaire dans le mois de la date de l'entretien préalable qu'elle fixait, sans que le report soit imputable au salarié qui était libre de se déplacer le 16 mars 2020, le confinement n'ayant débuté que le 17 mars 2020 à 12h, elle n'a pu valablement interrompre la prescription des faits fautifs. »

Ce faisant, la cour d'appel n'a fait qu'appliquer le décret n°2020-260 du 16 mars 2020, qui fixait le début du confinement au 17 mars à 12h, conformément aux annonces présidentielles du 12 mars.

Il n'était pas soutenu devant cette juridiction qu'avant même l'entrée en vigueur officielle des restrictions de circulation, la prudence imposait de ne pas tenir l'entretien préalable au vu des risques sanitaires objectifs.

Ce moyen est fondé sur un fait nouveau, à savoir la dangerosité réelle du contexte sanitaire, alors même qu'en appel, n'était évoquée que l'existence d'un obstacle juridique aux déplacements. Il est mélangé de fait et de droit, dès lors qu'il implique, par nature, que soit portée une appréciation de fait sur le caractère plus au moins dangereux de la situation sanitaire au 16 mars 2020, avec une variabilité locale non négligeable.

Le grief soutenu par la deuxième branche est donc irrecevable comme nouveau.

En outre, le grief est mal fondé.

Selon l'article **L. 1332-4 du code du travail**, aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance, à moins que ce fait ait donné lieu dans le même délai à l'exercice de poursuites pénales.

Il est de jurisprudence constante que la convocation à l'entretien préalable interrompt la prescription de la faute disciplinaire, mais que l'absence d'entretien préalable et de

licenciement effectif dans le nouveau délai entraîne la prescription, à défaut de suspension du délai par l'effet de la convocation.

Soc., 9 octobre 2001, pourvoi n° 99-41.217, Bulletin civil 2001, V, n° 304

Attendu, cependant, que si la convocation du 13 décembre 1991 a interrompu le délai de prescription de deux mois prévu à l'article L. 122-44 du Code du travail, un nouveau délai a commencé à courir à compter de cette date, délai, que ni la décision du conseil d'administration du 27 janvier 1992 ni la maladie de la salariée n'ont eu pour effet de suspendre, de sorte que la prescription était acquise lorsque la procédure a été reprise le 20 mars 1992 ;

D'où il suit qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

La cour d'appel, faisant application de ce principe, a considéré que les faits étaient prescrits :

« La première convocation du 6 mars 2020 n'ayant pas été suivie du licenciement disciplinaire dans le mois de la date de l'entretien préalable qu'elle fixait, sans que le report soit imputable au salarié qui était libre de se déplacer le 16 mars 2020, le confinement n'ayant débuté que le 17 mars 2020 à 12h, elle n'a pu valablement interrompre la prescription des faits fautifs. »

L'employeur conteste cette motivation, faisant valoir que son obligation de sécurité à l'égard des salariés lui commandait de reporter l'entretien.

Or s'il est exact qu'en application des articles L. 4121-1 et suivants du code du travail, l'employeur est débiteur vis-à-vis du salarié d'une obligation de sécurité, il ne s'agit désormais plus d'une obligation de résultat.

Soc., 25 novembre 2015, pourvoi n° 14-24.444, Bull. 2015, V, n° 234

Mais attendu que ne méconnaît pas l'obligation légale lui imposant de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs, l'employeur qui justifie avoir pris toutes les mesures prévues par les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail ;

Ass. plén., 5 avril 2019, pourvoi n° 18-17.442

Vu les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail, le premier dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2017-1389 du 22 septembre 2017, applicable au litige ;

Attendu que ne méconnaît pas l'obligation légale lui imposant de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs, l'employeur qui justifie avoir pris toutes les mesures prévues par les textes susvisés ;

L'employeur ne saurait se retrancher derrière cet impératif pour s'exonérer de ses autres obligations, sauf à démontrer l'existence d'un risque caractérisé qui aurait empêché l'entreprise de fonctionner de manière normale, alors même qu'il ne peut pas lui être reproché de ne pas avoir prémuni les salariés d'un danger qu'il ne pouvait pas anticiper.

Soc., 1 février 2017, pourvoi n° 15-24.166

Attendu, ensuite, qu'il résulte des articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail que les actions que l'employeur doit mettre en oeuvre pour protéger la santé physique et mentale des salariés concernent la prévention des risques professionnels et l'évaluation de ceux qui ne peuvent être évités ;

L'étendue de l'obligation de sécurité de l'employeur peut se lire, en creux, dans la définition du droit de retrait, prévu par **l'article L. 4131-1 du code du travail**:

« le travailleur alerte immédiatement l'employeur de toute situation de travail dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé ainsi que de toute défectuosité qu'il constate dans les systèmes de protection. »

Il peut se retirer d'une telle situation.

L'employeur ne peut demander au travailleur qui a fait usage de son droit de retrait de reprendre son activité dans une situation de travail où persiste un danger grave et imminent résultant notamment d'une défectuosité du système de protection. »

Il en résulte que l'objectif de sécurité n'est légitime à entraver le fonctionnement habituel de l'entreprise que lorsque le danger est suffisamment caractérisé, grave et imminent.

En l'occurrence, l'employeur ne produit aucun élément sur le contexte sanitaire précis dans l'entreprise elle-même et sa zone géographique à la date du 16 mars 2020, et évoque seulement l'existence de la pandémie à cette date.

La seule assertion selon laquelle la sécurité des salariés imposait de ne pas leur demander de se déplacer est insuffisante, étant observé que l'employeur ne démontre pas spécialement que le travail avait cessé, de manière générale, dans l'entreprise, ce qui aurait rendu l'entretien impossible. En effet, le courriel adressé au salarié par le représentant de l'employeur le 16 mars à 10h15 indique seulement que le report est destiné à préserver la santé et la sécurité du salarié, sans préciser s'il existait un risque spécifique dans l'entreprise, ou si le fonctionnement de celle-ci était d'ores et déjà arrêté ou adapté.

Aussi, il n'existe pas de cause juridique à l'annulation de l'entretien préalable du 16 mars 2020, de telle manière que n'ayant pas eu lieu, il ne pouvait pas avoir d'effet interruptif.

4-2 La première branche : la question de l'application de l'ordonnance n°2020-306 du 25 mars 2020 à la prescription de la faute disciplinaire

4-2-1 Les textes applicables

L'article 38 de la Constitution de la V^e République dispose:

« Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi.

Les ordonnances sont prises en conseil des ministres après avis du Conseil d'État. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. Elles ne peuvent être ratifiées que de manière expresse.

A l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif. »

La loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, fondée sur l'article 38 de la Constitution, prévoit en son article 11:

« I. - Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnances, dans un délai de trois mois à compter de la publication de la présente loi, toute mesure, pouvant entrer en vigueur, si nécessaire, à compter du 12 mars 2020, relevant du domaine de la loi

(...)

2° Afin de faire face aux conséquences, notamment de nature administrative ou juridictionnelle, de la propagation de l'épidémie de covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation, toute mesure :

(...)

*B) Adaptant, interrompant, suspendant ou reportant le terme des délais prévus à peine de nullité, caducité, forclusion, prescription, inopposabilité, déchéance d'un droit, fin d'un agrément ou d'une autorisation ou cessation d'une mesure, à l'exception des mesures privatives de liberté et **des sanctions**. Ces mesures sont rendues applicables à compter du 12 mars 2020 et ne peuvent excéder de plus de trois mois la fin des mesures de police administrative prises par le Gouvernement pour ralentir la propagation de l'épidémie de covid-19 ; »*

L'ordonnance n°2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période, modifiée par l'ordonnance n°2020-666 du 3 juin 2020, dispose:

- en son article 1 : « Les dispositions du présent titre sont applicables aux délais et mesures qui ont expiré ou qui expirent entre le 12 mars 2020 et le 23 juin 2020 inclus »

- en son article 2 : « Tout acte, recours, action en justice, formalité, inscription, déclaration, notification ou publication prescrit par la loi ou le règlement à peine de nullité, sanction, caducité, forclusion, prescription, inopposabilité, irrecevabilité, péremption, désistement d'office, application d'un régime particulier, non avenu ou déchéance d'un droit quelconque et qui aurait dû être accompli pendant la période mentionnée à l'article 1er sera réputé avoir été fait à temps s'il a été effectué dans un délai qui ne peut excéder, à compter de la fin de cette période, le délai légalement imparti pour agir, dans la limite de deux mois.

Il en est de même de tout paiement prescrit par la loi ou le règlement en vue de l'acquisition ou de la conservation d'un droit.

Le présent article n'est pas applicable aux délais de réflexion, de rétractation ou de renonciation prévus par la loi ou le règlement, ni aux délais prévus pour le remboursement de sommes d'argent en cas d'exercice de ces droits.

Lorsque les dispositions du présent article s'appliquent à un délai d'opposition ou de contestation, elles n'ont pas pour effet de reporter la date avant laquelle l'acte

subordonné à l'expiration de ce délai ne peut être légalement accompli ou produire ses effets ou avant laquelle le paiement ne peut être libératoire. »

La question est celle de savoir si l'expiration du délai de prescription de la faute disciplinaire, telle que définie par l'article L. 1332-4 du code du travail, est soumise à ces dispositions dérogatoires, prévoyant une possibilité de prorogation, ou si elle en est au contraire exclue.

Le mémoire ampliatif souligne que parmi les exclusions listées à l'article 1 de l'ordonnance n°2020-306, ne figurent pas les délais de prescription en droit du travail, alors même que la circulaire ministérielle du 26 mars 2020 prévoyait que le mécanisme de prorogation était applicable à tout délai non expressément exclu, dès lors qu'il résulte d'une disposition légale.

Toutefois, dès lors que l'ordonnance non ratifiée ne peut excéder le champ de la loi d'habilitation, comme cela sera développé ci-après, la question se pose de savoir si le délai de prescription disciplinaire n'est pas exclu du champ du dispositif par l'article 11, 2°, b) de la loi précitée, qui précise que celui-ci n'est pas applicable aux mesures privatives de liberté ni aux **sanctions**.

Il est en effet indéniable que le licenciement disciplinaire est une sanction, au sens de l'article L. 1331-1 du code du travail.

Cependant, il y a lieu de s'interroger sur le point de savoir si l'exclusion des sanctions par la loi n°2020-290 du 23 mars 2020 doit être interprétée comme rendant inapplicable le dispositif de la prorogation à toute sanction, ou seulement aux mesures privatives de liberté et autres sanctions de nature **pénale**.

À cet égard, il doit être relevé qu'aucune source ne livre d'interprétation officielle ou juridiquement contraignante de l'article 11 2° b) de la loi n°2020-290 du 23 mars 2020. En effet, si le Conseil constitutionnel a été saisi de certaines dispositions de cette loi, l'article considéré ne lui a pas été déféré.

L'exposé des motifs de la loi, et les travaux parlementaires, témoignent d'une volonté générale de sécurité juridique et de tolérance vis-à-vis des empêchements créés par la situation sanitaire, sans pour autant que les procédures disciplinaires soient évoquées. Il est difficile de savoir si l'objectif général recherché doit jouer dans le sens de l'applicabilité du dispositif à la faute disciplinaire ou non, dès lors que les intérêts de l'employeur et du salarié sont en la matière contraires, et que chacun pourrait se prévaloir de l'impératif de sécurité, de prévisibilité et de souplesse.

Il convient néanmoins de souligner que si les sanctions pénales sont exclues du champ de l'article 11 2° b) de la loi d'habilitation, elle sont en revanche incluses dans d'autres dispositions de cette loi, et que sur ce fondement, une ordonnance n°2020-303 spécifique à la matière pénale a été prise, modifiant notamment la computation des délais en matière de prescription de l'action publique, de détention provisoire et de fin de peine.

L'article 11 I 2° b) pourrait donc être interprété comme réservant la computation des délais **en matière pénale** à des dispositions spécifiques, sans vouloir viser les sanctions non pénales.

Enfin, pour permettre la poursuite du raisonnement, il convient de rappeler que le principe de légalité des délits et des peines est ainsi défini par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 (DDHC), faisant partie du bloc de constitutionnalité :

« Art. 8. - La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée. »

Par ailleurs, l'article 6 § 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) est ainsi rédigé: *« Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie »*.

4-2-2 La jurisprudence se rapportant à la notion de sanction disciplinaire

À défaut de guide d'interprétation éclairant l'interprétation de la loi d'habilitation n°2020-290 du 23 mars 2020, il convient d'examiner la jurisprudence relative à la notion de sanction, et spécifiquement en droit du travail.

Il convient d'examiner la jurisprudence constitutionnelle, administrative et judiciaire.

4-2-2-1 La jurisprudence constitutionnelle et administrative

L'ordonnance n°2020-306 du 25 mars 2020 n'a jamais été validée par une loi de ratification.

Si la lettre de l'article 38 de la Constitution peut laisser penser que dans un tel cas, l'ordonnance est dépourvue de valeur législative, cette configuration a donné lieu à une construction jurisprudentielle nuancée, proche de celle afférente aux décrets-loi de la quatrième République.

Certains auteurs ont ainsi pu écrire:

« Les ordonnances ratifiées se voient appliquer rétroactivement le régime des actes législatifs. Dès lors, leur régularité ne peut plus être contestée devant le juge, que ce soit par voie d'action ou par voie d'exception. (...) »

Les ordonnances non ratifiées ont un double régime. Elles ont un régime d'acte législatif si l'on considère qu'elles peuvent modifier ou abroger des dispositions législatives, et que leurs propres dispositions ne peuvent être modifiées ou abrogées que par la loi (...) Du point de vue, en revanche, de leur régime contentieux, ce sont des actes réglementaires dont la validité peut être contrôlée tant que regard de la Constitution que de la loi d'habilitation -ce qui est logique - mais aussi, à l'égard des principes généraux du droit dont on sait qu'ils n'ont qu'un rang infra-législatif et peuvent être écartés par la loi. »²

Cette analyse est largement partagée par d'autres auteurs :

²L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J-L Mestre, O. Pfersmann, A. Roux et G. Scoffoni, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 26^e édition, n°1269.

« A. Contrôle de l'ordonnance non ratifiée

1° Valeur de l'ordonnance non ratifiée

§ 66 Valeur de l'ordonnance non ratifiée

La jurisprudence relative aux décrets-lois sous les IIIe et IVe Républiques (CE, 3 août 1918, Cie chargeurs d'Extrême Orient : Lebon, p. 814. – CE, 30 mai 1930, Synd . professionnel épiciers en détail : Lebon, p. 583. – CE, 25 juin 1937 , Union véhicules industriels et a. : Lebon, p. 619. – CE, 7 mars 1947, Jaujard : Lebon, p. 103. – CE, 25 janv. 1957, Sté Etab . Charlionais : Lebon, p. 54) a été appliquée aux ordonnances (CE, ass., 24 nov. 1961, Féd . nat. syndicats de police : Lebon, p. 658 ; AJDA 1962, p. 114 , note J. T. ; S. 1963, p. 59, note Hamon). En vertu de l'article R. 311-1 du Code de justice administrative, le Conseil d'État est compétent, en premier et dernier ressort, pour connaître des recours pour excès de pouvoir dirigés contre les ordonnances.

Cette position a été longtemps corroborée par le Conseil constitutionnel (les ordonnances « demeurent des actes de forme réglementaire tant que la ratification législative n'est pas intervenue », Cons. const., 29 févr. 1972, n° 72-73 L, préc. n° 47). Aussi, une ordonnance non ratifiée ne pouvait-elle pas faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité (Cons. const., 10 févr. 2012, n° 2011-219 QPC, Patrick E. : Rec. Cons. const., p. 113). Il en va différemment depuis. En effet, le Conseil constitutionnel a décidé en 2020 qu'une ordonnance qui, après l'expiration du délai d'habilitation, peut être seulement modifiée par la loi dans une matière relevant du domaine législatif est une « disposition législative » au sens de l'article 61-1 de la Constitution et peut donc faire l'objet d'une contestation en QPC (V. n° 78).

2° Contrôle exercé par le Conseil d'État

a) Techniques contentieuses pouvant être sollicitées

§ 67 Recours direct et indirect

Dans un délai de 2 mois à compter de sa publication, un recours pour excès de pouvoir peut être formulé selon les règles de droit de commun (CE, sect., 3 nov. 1961, Damiani : Lebon, p. 607). Un défaut d'intérêt à agir rend la requête irrecevable étant précisé qu'un recours intenté par des parlementaires est jugé recevable (CE, 29 oct. 2004 , Sueur et a. : Lebon, p. 405 ; AJDA 2004, p. 2383 , chron. C. Landais et F. Lenica ; RFDA 2004, p. 1103, concl. D. Casas). Est utilisable la procédure du référé-suspension (CJA, art. L. 521-1) tendant à obtenir la suspension de l'exécution d'une ordonnance (CE, réf., 23 nov. 2005, n° 286440, Conféd. générale du travail – Force ouvrière : JurisData n° 2005-069265) ou de l'article d'une loi tel qu'il résulte d'une ordonnance (CE, réf., 20 mars 2001, n° 230462, Synd. nat. horlogers : JurisData n° 2001-061940 ; Lebon, p. 143). »

Enfin, le requérant peut, à l'occasion d'un recours contre une décision prise en application d'une ordonnance, exciper, sans condition de délai, de son irrégularité (technique de l'exception d'illégalité. – CE, 13 nov. 1974, Sté Leroi et Lardereau : Lebon T., p. 874. – CE 7 déc. 1990, n° 55362, Territoire Nouvelle-Calédonie et dépendances : Lebon, p. 353. – CE 9 sept. 1994, n° 139033, Sté Mayotte Motors Corporation : JurisData n° 1994-045826 ; Lebon, p. 410. – CE, ass., 3 juill.1998, n° 188004, Synd.

médecins Ain : JurisData n° 1998-050622 ; Lebon, p. 227 ; AJDA 1998, p. 633 , et 559, chron. F. Raynaud et P. Fombeur ; RFDA 1998, p. 942, concl. Ch. Maugué). La contestation par voie d'exception est aussi possible devant le Tribunal des conflits (T. confl., 20 oct. 1997, n° 3032, Albert c/ CPAM Aude : Lebon, p. 535), le juge pénal (C. pén., art. 111-5) et civil (selon les modalités déterminées par T. confl., 17 oct. 2011, n° 3828, SCEA du Chéneau c/ INAPORC c/ Cherel c/ CNIEL : Lebon, p. 698).³

Il en résulte sans ambiguïté, d'une part, que l'ordonnance non ratifiée conserve néanmoins une valeur normative, et d'autre part, qu'à défaut de contrôle de la loi d'habilitation par le Conseil constitutionnel, et de question prioritaire de constitutionnalité posée directement à l'égard de l'ordonnance, le juge administratif, saisi d'un recours en annulation d'une décision fondée sur l'ordonnance non ratifiée, contrôle sa conformité à la loi d'habilitation.

Plusieurs arrêts ont consacré expressément l'existence du contrôle de conformité de l'ordonnance à la loi d'habilitation.

Conseil d'Etat, 1 / 4 SSR, du 4 novembre 1996, 177162 177402 177807 178874 179030, publié au recueil Lebon

Sur les moyens invoqués à l'encontre du chapitre 1er de l'ordonnance, relatif à la caisse d'amortissement de la dette sociale :

Considérant qu'aux termes de l'article 1er de la loi du 30 décembre 1995 autorisant le gouvernement, par application de l'article 38 de la Constitution, à réformer la protection sociale : "Le gouvernement est autorisé à prendre par ordonnances, dans un délai de quatre mois à compter de la promulgation de la présente loi et conformément aux dispositions de l'article 38 de la Constitution, toutes mesures : ... 7° Définissant, sans empiéter sur le domaine exclusif de la loi de finances, les modalités de consolidation et d'apurement de la dette accumulée au 31 décembre 1995 par le régime général de sécurité sociale et par le régime d'assurance maladie des travailleurs non salariés des professions non agricoles, ainsi que du déficit prévisionnel de l'exercice 1996 de ces régimes, et instituant les organismes et les ressources, notamment fiscales, nécessaires à cet effet ; - 8° Modifiant, sous la même réserve, les dispositions relatives au fonds de solidarité vieillesse pour recentrer ses missions sur le financement des prestations relevant de la solidarité nationale tout en préservant, par les ressources mentionnées au 7° ci-dessus, la neutralité de cette mesure pour le budget de l'Etat" ;

Considérant que la caisse d'amortissement de la dette sociale relève, au sens de ces dispositions, de l'institution des organismes nécessaires à la consolidation et à l'apurement de la dette et du déficit prévisionnel des régimes de sécurité sociale précités ; que l'instauration d'un versement annuel de 12,5 milliards de francs au budget de l'Etat, de 1996 à 2008, à la charge de la caisse d'amortissement de la dette sociale, en lieu et place du fonds de solidarité vieillesse, correspond à l'objectif défini au 8° de l'article 1er précité de la loi du 30 décembre 1995 ; que de telles dispositions sont, en conséquence, au nombre de celles que le gouvernement pouvait légalement prendre en vertu de la loi d'habilitation susvisée du 30 décembre 1995 ;

Considérant que le moyen tiré de ce que l'ordonnance attaquée prévoirait l'affectation de ressources à des dépenses autres que celles prévues par les dispositions précitées manque en fait ;

Conseil d'Etat, Assemblée, du 3 juillet 1998, 184605 185341 185364, publié au recueil Lebon

Sur la légalité interne du décret attaqué :

³J-E Gicquel, *Juris-classeur administratif*, Litec, fascicule n°35

En ce qui concerne le moyen tiré du défaut de base légale fondé sur l'illégalité des dispositions des articles L. 367-3, L. 367-4, L. 367-5 et L. 367-10 introduits dans le code de la santé publique par l'article 3 de l'ordonnance n° 96-345 du 24 avril 1996 :

Considérant qu'en vertu du 3 de l'article 1er de la loi du 30 décembre 1995 l'habilitant à réformer la protection sociale, le gouvernement était autorisé à prendre par ordonnances, dans un délai de quatre mois à compter de la promulgation de ladite loi, et conformément à l'article 38 de la Constitution, toutes mesures modifiant les dispositions concernant "la formation des professions médicales en vue d'améliorer, par des incitations et des modalités appropriées de mesure, de contrôle et de responsabilisation, la qualité des soins et la maîtrise des dépenses de santé" ;

Considérant que les auteurs de l'ordonnance susvisée du 24 avril 1996 n'ont pas outrepassé le cadre de l'habilitation ainsi définie en instituant, par l'article 3 de cette ordonnance qui complète le code de la santé publique, un conseil national de la formation médicale continue, composé notamment, aux termes de l'article L. 367-4 du code précité, de représentants des unions de médecins exerçant à titre libéral créées par l'article 5 de la loi susvisée du 4 janvier 1993, et de conseils régionaux composés de la même façon, qui sont notamment chargés, conformément aux articles L. 367-3 et L. 367-5 de ce code, d'élaborer, chacun à son niveau, une politique de formation médicale continue des médecins exerçant à titre libéral ;

(...)

Considérant que l'habilitation conférée au gouvernement, agissant par voie d'ordonnance, à modifier les dispositions relatives à la formation des professions médicales l'autorisait à pourvoir par des mesures appropriées au fonctionnement des organismes investis de la responsabilité de cette formation dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de leur mission ; qu'ainsi, il lui était loisible d'assurer le financement des dépenses de ces organismes par l'institution d'impositions ;

Considérant qu'il suit de là que l'article L. 367-10 ajouté au code de la santé publique par l'ordonnance du 24 avril 1996 en ce qu'il prévoit, d'une part, qu'une contribution annuelle destinée à assurer le fonctionnement du conseil national de la formation médicale continue lui est versée par le fonds d'assurance formation des médecins exerçant à titre libéral et, d'autre part, qu'une contribution destinée à assurer son fonctionnement est versée annuellement à chaque conseil régional de la formation continue par l'Union des médecins exerçant à titre libéral, située dans le même ressort territorial, n'a pas excédé le champ de l'habilitation découlant de l'article 1er (3e) de la loi du 30 décembre 1995, alors même que lesdites contributions ont le caractère d'impositions ;

Il résulte de cette dernière jurisprudence que le contrôle de conformité de l'ordonnance à la loi d'habilitation implique une interprétation de la loi d'habilitation, au regard des objectifs généraux poursuivis par celle-ci.

En outre, il est permis de penser que le contrôle de conformité de l'ordonnance par rapport à la loi d'habilitation doit être opéré d'office, comme étant d'ordre public, dès lors qu'il est de jurisprudence ancienne et classique que le juge administratif censure un acte administratif situé en-dehors du champ d'application de la loi qui lui sert de fondement.

L'existence de ce contrôle a été évoquée à l'occasion d'un arrêt de section du 21 mars 1958, Delteil, n° 341808, p.189. Dans cette affaire, le commissaire du gouvernement A. Bernard détaille les deux conditions devant être réunies pour qu'une méconnaissance du champ d'application de la loi doive être relevée d'office :

« - La première est évidemment que le moyen ne soit pas déduit d'une simple violation de la loi, d'une fausse application de la loi, mais de l'inapplicabilité de la loi. Ceci n'appelle pas de longs commentaires. La méconnaissance du champ d'application de la loi résulte de ce que la loi a été appliquée à un acte, à une situation ou à une catégorie qu'elle ne régit pas, ou encore en-dehors de ses limites dans le temps et l'espace.

La seconde condition est plus délicate à définir. Elle est, selon nous, que le juge ne puisse statuer sur les moyens dont il est saisi sans méconnaître lui-même le champ d'application d'une loi. Cette seconde condition ne soulève, pour sa part, guère de difficultés dans le cas où le juge ne pourrait statuer sur les moyens dont il est saisi sans appliquer lui-même, dans l'une quelconque de ses dispositions la loi inapplicable.

Dans ce cas, à peine de manquer à sa mission, le juge ne peut que relever d'office, dans les limites des conclusions de la requête, la méconnaissance du champ d'application de la loi. »

Le relevé d'office de la méconnaissance du champ d'application de la loi a ensuite été admis de manière constante dans la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Conseil d'Etat, section du contentieux, avis du 5 avril 1996, n°176611

1° - Le principe selon lequel la loi pénale nouvelle doit, lorsqu'elle abroge une incrimination ou prononce des peines moins sévères que la loi ancienne, s'appliquer aux infractions commises avant son entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à des condamnations passées en force de chose jugée, s'étend aux majorations de droits pour mauvaise foi prévues par l'article 1729-1 du code général des impôts. En effet, dès lors qu'elles présentent le caractère d'une punition tendant à empêcher la réitération des agissements qu'elles visent et n'ont pas pour objet la seule réparation d'un préjudice pécuniaire, ces majorations constituent, même si le législateur a laissé le soin de les établir et de les prononcer à l'autorité administrative, des sanctions soumises au principe de nécessité des peines tel qu'il résulte de l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen de 1789 selon lequel "la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires".

2° et 3° - Dès lors qu'une contestation propre aux pénalités a été présentée au juge de l'impôt, il appartient à celui-ci **d'examiner d'office** s'il y a lieu de faire application de la loi répressive nouvelle plus douce. Dans cette hypothèse, en effet, **il ne pourrait statuer sur le moyen dont il est saisi, sans méconnaître lui-même le champ d'application de la loi dans le temps**. Pour déterminer la loi applicable à la pénalité contestée devant lui, le juge de l'impôt doit, comme juge de plein contentieux, se placer à la date à laquelle il statue.

Au cas d'espèce, l'ordonnance n°2020-306 du 25 mars 2020 n'a jamais été ratifiée malgré les projets déposés en ce sens.

Elle peut donc être écartée par le juge administratif en cas d'inconformité à sa loi d'habilitation. Il peut même être considéré qu'en cas de non conformité, le juge administratif doit écarter d'office l'ordonnance qui serait située en-dehors du champ d'application de la loi lui servant de fondement.

Or précisément, le Conseil d'Etat a eu à se prononcer sur un litige relatif à l'incidence de cette ordonnance sur le calcul d'une astreinte:

Conseil d'Etat, 8^{ème} et 3^{ème} chambres réunies, 27 mai 2020, n°492377, mentionné aux tables du recueil Lebon

6. En second lieu, il résulte de l'instruction que M. et Mme C..., alors même qu'ils ont entrepris des démarches administratives en vue du déplacement de leur bateau " Molan " du port de plaisance de l'Illon, n'ont pas exécuté l'injonction prononcée par le juge des référés du tribunal administratif de Versailles le 14 novembre 2018. Ils ne sont pas fondés à se prévaloir, pour justifier de cette absence d'exécution, de leur situation financière, dès lors qu'ils n'ont pas établi que celle-ci rendrait impossible le déplacement de leur bateau.

7. Il y a lieu, dès lors, de procéder au bénéfice de la commune de Saint-Martin-la-Garenne à la liquidation provisoire de l'astreinte, qui n'est pas subordonnée à une condition d'urgence ou d'utilité, pour une période commençant, en l'absence de mention dans l'ordonnance du 14 novembre 2018 différant la date

d'effet de l'astreinte par rapport à celle de l'injonction de libérer les lieux sans délai, à compter de la date de notification de cette ordonnance à M. et Mme C..., soit le 21 novembre 2018.

8. En vertu du dernier alinéa de l'article 4 de l'ordonnance du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période, " le cours des astreintes et l'application des clauses pénales qui ont pris effet avant le 12 mars 2020 sont suspendus pendant la période définie au I de l'article 1er ". La période définie au I de cet article 1er est comprise entre le 12 mars 2020 et le 23 juin 2020 inclus. A la date de la présente décision, cette période n'est pas parvenue à son terme. Il y a lieu, par suite, de procéder à la liquidation de l'astreinte pour la période courant du 21 novembre 2018 au 11 mars 2020.

9. La situation financière de M. et Mme C..., qui ne sont pas dépourvus de tout revenu, ne justifie pas de prévoir une modération de la somme exigible.

10. En revanche, il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de porter le montant de cette astreinte à 200 euros par jour de retard, ainsi que le demande la commune de Saint-Martin-la-Garenne.

11. Il résulte de ce qui précède que M. et Mme C... devront verser, au titre de cette liquidation provisoire de l'astreinte, une somme de 47 600 euros à la commune de Saint-Martin-la-Garenne.

Cette décision est particulièrement éclairante, en ce sens que l'article 4 de l'ordonnance n°2020-306 du 25 mars 2020 traite des astreintes et clauses pénales, alors même que la loi d'habilitation n°2020-290 ne prévoyait pas spécialement l'intervention du gouvernement dans ces matières. Le juge administratif n'a pas relevé d'inconformité, étant néanmoins observé qu'aucun moyen ne l'invitait expressément à le faire.

La question se pose de savoir si, comme le licenciement disciplinaire, l'astreinte est une sanction, et le cas échéant, si elle échappe à l'exclusion prévue par la loi d'habilitation.

Selon la jurisprudence, si l'astreinte n'est pas assimilable à une sanction au sens de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, elle ne relève pas non plus d'un mécanisme de réparation, puisque l'article L. 131-2 du code des procédures civiles consacre son indépendance par rapport aux dommages-intérêts.

Civ. 2e, QPC, 4 janv. 2012, n° 11.40.081; BICC 15 avr. 2012, n° 469; D. 2012. AJ 158

Attendu qu'un jugement d'un tribunal de grande instance ayant condamné la société 1855 à restituer à M. [X...] des biens qu'il avait acquis et laissés en dépôt auprès d'elle, celui-ci l'a assignée en liquidation de l'astreinte provisoire assortissant cette condamnation ; que la société a soulevé une question prioritaire de constitutionnalité ;

Attendu que la question transmise est ainsi rédigée :

Les dispositions des articles 33 à 37 de la loi du 9 juillet 1991 portent-elles atteinte aux droits et libertés que garantit la Constitution et plus exactement aux principes de nécessité et de proportionnalité des peines garantis par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme, ainsi qu'au principe de sécurité juridique ?

Attendu que seuls sont applicables au litige les articles 33, 34, alinéas 1er et 2, 35, 36, alinéas 1er et 3, ainsi que 37 de la loi du 9 juillet 1991 ;

Qu'ils n'ont pas déjà été déclarés conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel ;

Mais attendu que la question, ainsi limitée, ne portant pas sur une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore eu l'occasion de faire application, n'est pas nouvelle ;

Et attendu que la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce que l'astreinte provisoire, qui a pour finalité de contraindre la personne qui s'y refuse à exécuter les obligations qu'une décision juridictionnelle lui a imposées et d'assurer le respect du droit à cette exécution, ne saurait être regardée comme une peine ou une sanction au sens de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ;

D'où il suit qu'il n'y a pas lieu de renvoyer la question au Conseil constitutionnel ;

Le rapporteur de cette espèce souligne qu'elle est exclusivement relative à **l'astreinte provisoire**, dont le caractère sanctionnateur est amoindri par la faculté dont dispose le juge de l'adapter. Il rappelle que la qualification de peine privée, notamment s'agissant de l'astreinte définitive, est une théorie dont l'application n'est pas exclue.

Il rappelle également que le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de dire qu'une astreinte prononcée par le préfet n'avait pas le caractère d'une sanction au sens de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen :

Décision n° 2003-467 du 13 mars 2003

Considérant, en second lieu, que l'astreinte dont le principe est institué par les dispositions précitées a pour finalité de contraindre la personne qui s'y refuse à exécuter les obligations auxquelles l'arrêté de réquisition la soumet ; qu'elle ne saurait être regardée comme une peine ou une sanction au sens de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; que, par suite, les moyens tirés de la violation des principes de nécessité des peines et de non-cumul des peines pour une même faute doivent être écartés comme inopérants.

En conséquence, il apparaît logique que le Conseil d'Etat, dans la décision précitée du 27 mai 2020, n'ait pas considéré que l'ordonnance n°2020-306 était sortie du champ d'application de la loi d'habilitation de la loi n°2020-290 en édictant des aménagements de computation des astreintes, puisque celles-ci ne sont pas des sanctions au sens de l'article 8 de la DDHC.

Il reste cependant que manifestement, lorsque la jurisprudence constitutionnelle, administrative et judiciaire recherche si une mesure revêt le caractère d'une sanction, elle se réfère à la sanction pénale telle que définie par l'article 8 DDHC.

Il appartiendra à notre chambre de déterminer si, de la même manière qu'en matière d'astreinte, il peut être considéré que le licenciement disciplinaire constitue bien une sanction au sens du droit du travail, mais pas au sens de l'article 8 DDHC, de telle manière que l'exclusion prévue par l'article 11 2°) b) pourrait ne pas s'y appliquer.

4-2-2-2 La jurisprudence européenne

Il est à noter que si le Conseil constitutionnel ne s'est jamais prononcé sur la possibilité d'un rattachement des sanctions disciplinaires à l'article 8 DDHC, la Cour européenne des droits de l'homme a en revanche eu l'occasion de dire que les sanctions disciplinaires en droit de la fonction publique ne relèvent pas du champ d'application imparté aux garanties dont doit bénéficier le justiciable en matière pénale, et notamment à la présomption d'innocence prévue par l'article 6 § 2 de la CEDH.

CEDH 13 sept. 2007, Moullet c. France, n° 27521/04

B. Appréciation de la Cour

1. Les principes généraux issus de la jurisprudence

La Cour réaffirme d'abord l'autonomie de la notion « d'accusation en matière pénale » figurant à l'article 6 § 1. D'après sa jurisprudence constante, il lui faut appliquer trois critères, que l'on appelle parfois les « critères Engel », pour déterminer si une personne est accusée d'une infraction pénale au sens de l'article 6 : la qualification de la procédure en droit national, sa nature substantielle et le type et la gravité de la sanction encourue par la personne concernée (voir *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni* ([GC], nos 39665/98 et 40086/98, CEDH 2003-X, § 82).

La Cour rappelle ensuite que la présomption d'innocence se trouve méconnue si une décision judiciaire concernant un prévenu reflète le sentiment qu'il est coupable, alors que sa culpabilité n'a pas été préalablement légalement établie. Il suffit, même en l'absence de constat formel, d'une motivation donnant à penser que le juge considère l'intéressé comme coupable. Si le principe de la présomption d'innocence consacré par le paragraphe 2 de l'article 6 figure parmi les éléments du procès pénal équitable exigé par le paragraphe 1 de la même disposition, il ne se limite pas à une simple garantie procédurale en matière pénale. Sa portée est plus étendue et exige qu'aucun représentant de l'Etat ou d'une autorité publique ne déclare qu'une personne est coupable d'une infraction avant que sa culpabilité ait été établie par un « tribunal » (voir en particulier les arrêts *Allenet de Ribemont*, 10 février 1995, §§ 35-36, *Daktaras c. Lituanie*, no 42095/98, §§ 41-42, CEDH 2000-X, *Lavents c. Lettonie*, no 58442/00, § 126, 28 novembre 2002, et *Butkevicius c. Lituanie*, no 48297/99, §§ 50-52, CEDH 2002-II).

De plus, le champ d'application de l'article 6 § 2 ne se limite pas aux procédures pénales qui sont pendantes, mais peut s'étendre aux décisions de justice prises après l'arrêt des poursuites (voir, notamment, les arrêts *Minelli c. Suisse* du 25 mars 1983, série A no 62, et *Lutz, Englert et Nölkenbockhoff c. Allemagne* du 25 août 1987, série A no 123) ou après un acquittement (arrêts *Sekanina c. Autriche*, du 25 août 1993, *Lamanna c. Autriche*, no 28923/95, du 10 juillet 2001, *Leutscher c. Pays-Bas*, arrêt du 26 mars 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-II, p. 436, § 29, et *Del Latte c. Pays-Bas*, no 44760/98, § 30, 9 novembre 2004), dans la mesure où les questions soulevées dans ces affaires constituaient un corollaire et un complément des procédures pénales concernées dans lesquelles le requérant avait la qualité « d'accusé ».

Dès lors, la tâche de la Cour consiste tout d'abord à rechercher si la procédure administrative en responsabilité disciplinaire dont il s'agit en l'espèce a donné lieu à une « accusation en matière pénale » à l'encontre du requérant, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention. Dans la négative, elle recherchera ensuite si elle était néanmoins liée à la procédure pénale, qui s'est soldée par un non-lieu, d'une manière propre à la faire tomber dans le champ d'application de l'article 6 § 2.

2. Application des principes sus énoncés au cas d'espèce

a) Sur l'existence d'une accusation en matière pénale

Pour ce qui est du premier des critères énumérés ci-dessus aux fins de déterminer si le requérant a fait l'objet d'une « accusation en matière pénale », à savoir la qualification de la procédure en droit national, la Cour relève que les textes appliqués dans le cadre de la procédure administrative litigieuse ressortissent tous du régime disciplinaire de la fonction publique territoriale. Si les faits reprochés au requérant dans le cadre de cette procédure pouvaient revêtir à la fois une qualification pénale et disciplinaire, les poursuites disciplinaires étaient fondées, quant à elles, sur le fait que le requérant, à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, avait manqué « à ses devoirs et obligations de probité, de loyauté, de discrétion professionnelle et de neutralité », selon les termes de l'arrêté du 17 janvier 1994 du maire de [Localité 5].

Quant aux deuxième et troisième critères, à savoir la nature de la procédure et le type et la gravité de la « sanction » – présentée par le requérant comme revêtant un caractère punitif –, la Cour estime d'abord qu'une mesure de mise à la retraite d'office, quand bien même elle constitue la sanction la plus grave dans l'échelle des sanctions disciplinaires, est une sanction caractéristique d'une infraction disciplinaire ne pouvant se confondre avec une peine. Elle rappelle ensuite que les procédures relatives aux sanctions disciplinaires ne portent pas, en principe, sur le « bien-fondé » d'une « accusation en matière pénale », de sorte que l'article 6 § 2 ne trouve pas à s'appliquer en général à ce type de litige (voir *Costa c. Portugal*, (déc.), no 44135/98, 9 décembre 1999, ainsi que *Brown c. Royaume-Uni*, no 38644/97, décision de la Commission du 24 novembre 1998, et *J.L. c. France*, décision de la Commission du 5 avril 1995, no 17055/90 ; voir, a contrario, *Engel et autres c. Pays-Bas*, arrêt du 8 juin 1976, série A no 22, et *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 juin 1984, série A no 80).

(...)

En l'espèce, la Cour constate que le requérant n'a pas été formellement désigné comme étant l'auteur d'une infraction pénale – en l'occurrence celle de corruption passive – par la haute juridiction administrative. En effet, il ressort du dossier que le Conseil d'Etat, dans son arrêt du 8 mars 2004, s'en est tenu à la constatation des faits matériels – certes contestés par le requérant – résultant des pièces du dossier soumis au juge administratif du fond librement et contradictoirement débattues, et s'est abstenu d'en tirer quelque qualification pénale que ce soit. A cet égard, la Cour souligne que, dans la mesure où les décisions de non-lieu rendues par les juridictions d'instruction ne sont pas revêtues de l'autorité de la chose jugée à l'égard des juridictions administratives, il appartenait au juge administratif d'apprécier souverainement en l'espèce la matérialité des faits reprochés au requérant et l'adéquation de la sanction prise par rapport aux faits, au regard du droit de la fonction publique. Enfin, la circonstance qu'il n'y ait pas en matière disciplinaire, sauf texte contraire, de prescription à l'encontre des faits commis par les agents publics ne saurait à elle seule rendre applicable l'article 6 § 2 de la Convention.

Il en résulte que le Conseil d'Etat s'est limité à apprécier l'incidence des faits reprochés sur les devoirs et obligations de probité incombant à tout agent territorial (voir *Darracq c. France*, décision de la Commission du 31 août 1994, no 19531/92). En d'autres termes, les autorités nationales ont su maintenir en l'espèce leur décision dans un domaine purement administratif, par conséquent étranger à la présomption d'innocence que le requérant invoque.

b) Sur l'existence d'un lien entre la procédure pénale et la procédure administrative litigieuse

Il reste néanmoins à déterminer s'il existait entre la procédure pénale et la procédure administrative des liens tels qu'il se justifierait d'étendre à cette dernière le champ d'application de l'article 6 § 2.

Or, la Cour constate que l'issue de la procédure pénale n'était pas décisive pour la procédure administrative, puisqu'en dépit du non-lieu prononcé, il était juridiquement possible de poursuivre le requérant devant les instances disciplinaires. Indépendamment de la décision rendue à l'issue de la procédure pénale, la procédure administrative en cause, parfaitement autonome tant dans ses conditions de mise en œuvre que dans son régime procédural, contrairement à ce que soutient le requérant, n'était donc pas le corollaire direct de cette dernière procédure. En cela, la présente affaire se distingue de celles citées plus haut (voir, en particulier *Y. c. Norvège*, précité), où la Cour a jugé que la procédure en cause était le corollaire et le complément de la procédure pénale et que l'article 6 § 2 lui était applicable.

En conclusion, la Cour estime que cette disposition ne trouve pas à s'appliquer en l'espèce.

Il s'ensuit que le grief doit donc être rejeté conformément à l'article 35 § 3 de la Convention.

4-2-2-3 La jurisprudence de la chambre sociale

Cette jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a été relayée par la chambre sociale de la Cour de cassation.

Soc., 13 décembre 2017, pourvoi n° 16-17.193, Bull. 2017, V, n° 216

Vu les articles 6, § 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et 9-1 du code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. [A...] a été engagé le 13 mars 1993 par la société Euro Disney associés en qualité de cast member et exerçait en dernier lieu les fonctions d'assistant spectacle ; qu'au printemps 2012, une procédure d'instruction a été ouverte sur des faits d'infraction à la législation sur les stupéfiants au sein du parc d'attractions, plusieurs salariés étant mis en cause ; que M. [A...] a fait l'objet d'une audition le 27 février 2013 par les services de police ; qu'il n'a pas été mis en examen et n'a pas fait l'objet de condamnation dans le cadre de cette procédure ; que par ordonnance du 29 mai 2013, la constitution de partie civile de la société Euro Disney a été déclarée recevable, une copie du dossier pénal étant communiquée à son avocat ; que par lettre du 24 septembre 2013, M. [A...] a été licencié pour faute ; que contestant son licenciement, il a saisi la juridiction prud'homale ; que par lettre du 16 septembre 2014, le procureur de la République a autorisé l'avocat de la société à produire dans le cadre

de l'instance prud'homale différentes pièces de la procédure pénale dont le procès-verbal d'audition du salarié ;

Attendu que pour prononcer la nullité du licenciement, l'arrêt retient que la présomption d'innocence, principe à valeur constitutionnelle, consacré aussi par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et la Déclaration universelle des droits de l'homme constitue une liberté fondamentale, que toute personne est présumée innocente et que chacun doit pouvoir se défendre de poursuites pénales dirigées contre lui, qu'en conséquence, il ne saurait être autorisé de fonder un licenciement sur des déclarations faites par un salarié lors d'une audition auprès des services de police menant une enquête pénale, alors que la personne est nécessairement en situation de contrainte, qu'un licenciement intervenu dans de telles conditions, en violation de cette liberté fondamentale, ne peut qu'être déclaré nul ; que le licenciement prononcé sur la seule base du contenu de ce procès-verbal d'audition, en raison de l'atteinte qu'il porte à la liberté fondamentale de se défendre en justice, garantie d'une bonne justice, est également atteint de nullité, qu'en outre, l'utilisation de documents extraits d'un dossier pénal ne peut être effectuée que pour les besoins de la défense de l'intéressé, qu'à la date du licenciement, aucune procédure judiciaire n'ayant été introduite, l'employeur ne pouvait faire valoir pour les besoins de sa défense, ni de plus fort fonder un licenciement sur des déclarations faites lors d'une audition sur convocation par les services de police alors qu'il ne justifie d'aucun autre élément matériel ni surtout d'aucun élément extérieur à la procédure pénale dont il n'est pas allégué qu'elle a abouti à la condamnation du salarié ;

Attendu cependant que le droit à la présomption d'innocence qui interdit de présenter publiquement une personne poursuivie pénalement comme coupable, avant **condamnation**, d'une infraction pénale n'a pas pour effet d'interdire à un employeur de se prévaloir de faits dont il a régulièrement eu connaissance au cours d'une procédure pénale à l'appui d'un licenciement à l'encontre d'un salarié qui n'a pas été poursuivi pénalement ;

Attendu par ailleurs que la procédure disciplinaire est indépendante de la procédure pénale, de sorte que l'exercice par l'employeur de son pouvoir disciplinaire ne méconnaît pas le principe de la présomption d'innocence lorsque l'employeur prononce une sanction pour des faits identiques à ceux visés par la procédure pénale ;

Qu'en statuant comme l'a fait, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

4-2-3 La doctrine

Comme le souligne le mémoire ampliatif, la doctrine ne s'est que peu attachée à rechercher les effets des textes dérogatoires en droit de travail, et n' a livré que des conclusions hypothétiques.

Il est utile, à ce stade, de mentionner l'opinion d'un auteur qui s'est spécifiquement interrogé sur le sort de la prescription de la sanction disciplinaire relative à des faits commis moins de deux mois avant le début de la période juridiquement protégée⁴:

« 19. - La question se pose, en revanche, au sujet des délais de prescription des faits fautifs et de notification d'une sanction. Ces délais ont-ils été suspendus par l'ordonnance du 25 mars ? La question est d'importance pour l'employeur car, en cas de réponse négative, celui-ci doit continuer, d'une part, à convoquer le salarié dans les deux mois qui suivent sa connaissance de la faute (C. trav., art. L. 1332-4) et, d'autre part, à notifier le licenciement dans le mois suivant la date de l'entretien (C. trav., art. L. 1332-2, al. 4). L'article 2 de l'ordonnance est formulé de manière très générale et vise, notamment, tout acte, recours ou notification prescrit par la loi à peine de prescription d'un droit quelconque, ce qui semble pouvoir englober les délais disciplinaires. Si tel est

⁴Y. Leroy, Coronavirus - Rompre le contrat de travail en temps de Covid-19, La Semaine Juridique Social n° 22, 2 juin 2020, 2032

le cas, lorsque des actes auraient dû être accomplis entre le 12 mars et le 10 août, ils seront réputés avoir été faits à temps s'ils sont effectués, après cette dernière date, dans les délais légaux. Néanmoins, de l'avis de plusieurs commentateurs, seuls les délais administratifs et juridictionnels seraient concernés par la prorogation. En ce sens, il est possible de considérer que les délais de prescription des faits fautifs et de notification d'une sanction sont des délais de réflexion – l'employeur réfléchissant avant d'engager une procédure disciplinaire à l'égard du salarié puis avant de le sanctionner – qui, en application de l'ordonnance du 15 avril 2020, ne sont pas prorogés. Dans le doute, l'employeur a tout intérêt à agir assez vite, d'autant que l'entreprise aura alors repris son activité, que la convocation à l'entretien préalable interrompt la prescription et qu'il est possible de fixer la date de l'entretien dès lors que le confinement a pris fin. »

Le même auteur relève qu'il est difficile de considérer que l'employeur avait l'obligation d'organiser un entretien préalable pendant la période de confinement, alors même que les déplacements devaient être restreints au minimum, mais que la difficulté n'était pas réellement insurmontable dans la mesure où le motif professionnel autorisant le déplacement était existant.

Il existe donc des arguments dans les deux sens, étant observé que l'auteur ne s'est pas interrogé sur le point de savoir si les sanctions disciplinaires devaient être exclues du champ de l'ordonnance, mais plutôt sur la portée de l'ordonnance elle-même.

Par ailleurs, certains auteurs considèrent que les garanties attachées au prononcé des sanctions pénales ne sont pas applicables aux sanctions disciplinaires, de telle manière qu'elle ne relève ni de l'article 6 § 2 de la CEDH, ni des articles 8 et suivants de la DDHC⁵.

On peut en retenir qu'au regard des courants doctrinaux majoritaires, il n'y a pas d'assimilation complète de la sanction disciplinaire au régime de la sanction pénale, de telle manière que l'application du mécanisme de prorogation des délais prévu par l'ordonnance n°2020-306 n'est pas exclue.

4-2-4 Incidence sur le cas d'espèce

Comme l'indiquait la circulaire de présentation des mesures issues de l'ordonnance n°2020-306 du 25 mars 2020, ce texte ne prévoit ni une suspension ni une interruption générale des délais arrivés à échéance pendant la période protégée, soit du 12 mars au 23 juin 2020. L'effet du dispositif est d'interdire que l'acte intervenu dans le nouveau délai soit regardé comme tardif.

La jurisprudence de la Cour de cassation a dessiné les modalités de ce dispositif.

Ainsi, en matière de délai d'appel, la deuxième chambre civile décide que si le délai d'un mois expirait entre le 12 mars et le 23 juin, un nouveau délai d'un mois s'ouvre à compter du 24 juin à 0 heure.

2e Civ., 16 mars 2023, pourvoi n° 21-17.868

⁵ C. Mathieu, La place de la présomption d'innocence en droit disciplinaire, Revue de droit du travail 2018 p.278

Vu les articles 1er, I, et 2 de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020, le premier dans sa rédaction modifiée par l'ordonnance n° 2020-560 du 13 mai 2020, 538 du code de procédure civile et R. 142-1-A, II, du code de la sécurité sociale :

13. Selon le premier de ces textes, les dispositions du titre I sont applicables aux délais et mesures qui ont expiré ou qui expirent entre le 12 mars 2020 et le 23 juin 2020 inclus.

14. Selon le deuxième, qui relève du titre I, tout recours, qui aurait dû être accompli pendant la période susmentionnée, sera réputé avoir été fait à temps s'il a été effectué dans un délai qui ne peut excéder, à compter de la fin de cette période, le délai légalement imparti pour agir, dans la limite de deux mois.

15. En application des deux derniers, le délai d'appel applicable au contentieux de la sécurité sociale est d'un mois.

16. Il résulte de la combinaison de ces textes que le délai d'appel qui devait expirer entre le 12 mars 2020 et le 23 juin 2020, à minuit, a recommencé à courir à compter du 24 juin, à zéro heure, pour une durée d'un mois.

17. Pour déclarer l'appel irrecevable, l'arrêt retient que le délai d'appel, qui a couru à compter du 30 avril 2020, date de la notification du jugement, expirait le 30 mai 2020 et qu'ayant été prorogé jusqu'au 23 juillet 2020, l'appel devait être formé avant cette date, de sorte que la déclaration d'appel de l'URSSAF datée du 21 juillet 2020 avec cachet de la poste au 24 juillet 2020 était tardive.

18. En statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

Si l'on considère que la prescription de la faute disciplinaire est soumise à l'ordonnance n°2020-306 du 25 mars 2020, le régime de computation du délai est certainement celui défini par l'article 2, relatif aux délais légaux, et non à l'article 4, spécifique aux clauses contractuelles.

En l'occurrence, il est constant que le point de départ de la prescription des faits disciplinaires a commencé à courir le 14 janvier 2020, de telle manière qu'au 12 mars 2020, la prescription n'était pas déjà acquise.

Si l'ordonnance n°2020-306 du 25 mars 2020 est applicable, un nouveau délai de deux mois a donc commencé à courir le 23 juin, ce qui rend régulier le licenciement prononcé le 15 juin 2020.

Si la prorogation n'est pas applicable, il appartenait à l'employeur d'introduire la procédure disciplinaire avant le 14 mars 2020, ce qu'il n'a pas fait.

La cassation ou le rejet dépendra donc de l'inclusion ou non de la sanction disciplinaire dans le champ d'application de la loi n°2020-290 du 23 mars 2020 et de l'ordonnance n°2020-306 du 25 mars 2020.

4-2-5 Décisions d'appel divergentes portant sur la même question

Si la chambre sociale n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer, certaines cours d'appel l'ont fait. Ainsi, la cour d'appel d'Amiens, dans la présente espèce, a exclu la prorogation du délai.

La cour d'appel de Rouen a suivi le même raisonnement :

CA Rouen, 22 février 2024, RG n°22/02757

Selon l'article L. 1332-4 du code du travail, aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance, à moins que ce fait ait donné lieu dans le même délai à l'exercice de poursuites pénales.

Il résulte de l'article 11 de la loi du 23 mars 2020 n° 2020-290 prise pour faire face à l'état d'urgence lié à la pandémie de covid 19 que le gouvernement a été habilité à procéder par voie d'ordonnance dans un certain nombre de matières relevant en principe du champ législatif, ainsi notamment en matière de droit du travail, sans qu'il ne soit cependant visé les procédures disciplinaires, mais aussi en son 2° afin de faire face aux conséquences, notamment de nature administrative ou juridictionnelle, de la propagation de l'épidémie de covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation, toute mesure adaptant, interrompant, suspendant ou reportant le terme des délais prévus à peine de nullité, caducité, forclusion, prescription, inopposabilité, déchéance d'un droit, fin d'un agrément ou d'une autorisation ou cessation d'une mesure, à l'exception des mesures privatives de liberté et des sanctions.

Aussi, et alors qu'une loi d'habilitation doit contenir expressément et précisément les matières pour lesquelles le gouvernement sera habilité à procéder par voie d'ordonnance, il ne peut être considéré que le gouvernement ait été habilité à proroger le délai de prescription prévu par l'article L. 1332-4 du code du travail, s'agissant d'une prescription applicable aux sanctions, lesquelles sont au contraire expressément exclues des mesures pouvant être prises par le gouvernement pour reporter des délais.

Aussi, et s'il résulte effectivement de l'article 2 de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 que tout acte, recours, action en justice, formalité, inscription, déclaration, notification ou publication prescrit par la loi ou le règlement à peine de nullité, sanction, caducité, forclusion, prescription, inopposabilité, irrecevabilité, péremption, désistement d'office, application d'un régime particulier, non avenu ou déchéance d'un droit quelconque et qui aurait dû être accompli pendant la période mentionnée à l'article 1er sera réputé avoir été fait à temps s'il a été effectué dans un délai qui ne peut excéder, à compter de la fin de cette période, le délai légalement imparti pour agir, dans la limite de deux mois, il ne peut cependant s'en déduire que cet article serait applicable aux sanctions disciplinaires prévues par le code du travail, peu important la réponse apportée lors d'une foire aux questions sur le site du gouvernement.

Dès lors, la procédure de licenciement ayant été engagée le 11 mai 2020 par la notification d'une mise à pied à titre conservatoire de Mme [D], suivie le 22 mai 2020 d'une convocation à entretien préalable, il convient de dire que l'ensemble des faits reprochés à Mme [D] sont prescrits pour avoir tous été connus au plus tard le 24 février 2020.

Ce faisant, la cour d'appel de Rouen n'a fait de réitérer une solution précédente (arrêt du 29 juin 2023, RG n°21/04399).

À l'inverse, deux décisions de la cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion ont admis l'application du mécanisme du report à un licenciement disciplinaire.

CA Saint-Denis de la Réunion, 15 septembre 2022, RG n°21/02103

Compte tenu de la crise sanitaire liée à la Covid-19, l'ordonnance précitée a instauré un mécanisme dérogatoire de prorogation de différents délais expirant ou ayant expiré entre le 12 mars et le 23 juin 2020, dite "période protégée".

Ce texte de portée générale est applicable aux matières civile, commerciale et sociale concernant les actes, recours et actions en justice. Faute d'exclusion expresse, il s'applique de plein droit à la procédure disciplinaire engagée par un employeur à l'encontre d'un salarié en suite d'une exécution fautive du contrat de travail.

Cette même motivation est reprise par un arrêt ultérieur, du 24 janvier 2023 (RG n°21/01713).

Plusieurs cours d'appel ont statué dans le même sens:

Chambéry, 26 octobre 2023, RG n°22/00303

Les faits antérieurs au 22 février 2020 ne sont pas prescrits, en application des dispositions de l'ordonnance n°2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période.

CA Toulouse, 8 mars 2024, RG n°22/3658

Il est constant que, par application de l'article 2 de l'ordonnance du 25 mars 2020, les procédures disciplinaires ont bien été interrompues pendant la période d'un mois suivant la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire qui avait commencé à courir le 25 mars 2020, de sorte qu'il ne peut être soutenu que la société SNCF Voyageurs qui avait eu connaissance des faits fautifs le 3 mars 2020 aurait tardé à engager à l'encontre de M. [O] la procédure disciplinaire.

CA Douai, 26 janvier 2024, RG n°22/01143

En premier lieu, la salariée se prévaut de la prescription d'une partie des faits fautifs reprochés.

Néanmoins, si, aux termes de l'article L1332-4 du code du travail, aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance, ces dispositions ne font pas obstacle à la prise en considération de faits antérieurs à deux mois dès lors que le comportement du salarié s'est poursuivi ou s'est réitéré dans ce délai.

Or, en l'espèce, il résulte de la lettre de licenciement que les faits reprochés présentent une continuité dans le temps et se situent pour les derniers moins de deux mois avant la mise en œuvre de la procédure de licenciement, ce d'autant que l'article 2 de l'ordonnance n°2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence liée à la pandémie de COVID-19 prévoyait une prorogation des délais de prescription, en l'occurrence jusqu'à deux mois après la période juridiquement protégée soit jusqu'au 23 août 2020.

Aucune prescription n'est, par suite, encourue

Par un raisonnement différent, la cour d'appel de Metz a exclu le mécanisme de prorogation, mais au motif que le premier entretien préalable avait été annulé par l'employeur alors même que le deuxième entretien avait eu lieu pendant la période de confinement, plus d'un mois après la première convocation. La décision est donc fondée non pas sur l'expiration du délai de deux mois prévu par l'article L. 1332-4 du code du travail, mais sur l'expiration du délai d'un mois prévu par l'article L. 1332-2 entre l'entretien préalable et le prononcé du licenciement. Les moyens développés par le salarié à l'encontre de la procédure disciplinaire étaient donc différents. Il n'en demeure pas moins que selon cette décision, les délais en matière disciplinaire ne sont pas prorogés pendant la période juridiquement protégée. La solution est donc manifestement transposable au délai de l'article L. 1332-4 du code du travail.

CA Metz, 20 décembre 2023, RG n°21/02993, pourvoi en cassation en cours n°24-12.059

La cour rappelle qu'en application des règles ci-avant rappelées le non-respect du délai d'un mois à partir de l'entretien préalable, délai durant lequel la lettre de licenciement pour motif disciplinaire doit être notifiée au salarié, court à compter de la date de l'entretien alors même que le salarié ne s'est pas présenté à cet entretien, et qu'en cas de non-respect de ce délai le licenciement est sans cause réelle et sérieuse.

Ce principe ne connaît des aménagements que lorsque c'est le salarié qui ne peut assister à l'entretien et que l'employeur est informé de cette impossibilité ou lorsque le salarié fait une demande de report. Dans ces deux cas, c'est la nouvelle date d'entretien qui constitue le point de départ du délai mis à disposition de l'employeur pour notifier la sanction (jurisprudence : Cass. Soc 16 mars 2004 pourvoi n° 01-43.11 ; Cass. Soc. 27 novembre 2019 pourvoi n°18-15.195).

En revanche, lorsque le motif allégué par l'employeur ne résulte pas de l'impossibilité pour le salarié de se présenter ou d'une demande de ce dernier, la date du nouvel entretien ne peut servir de point de départ du délai d'un mois (Cass. Soc. 23 janvier 2013 pourvoi n° 11.22.724)

En l'espèce le courrier de report de l'entretien préalable daté du 17 mars 2020 et adressé à M. [I] par la société [Localité 7] Habitat Territoire indique qu'« en raison de la crise sanitaire majeure que notre pays traverse actuellement et des décisions y afférentes, nous sommes contraints de reporter l'entretien préalable sine die. Nous vous adresserons naturellement une nouvelle convocation dès que possible. ».

La première convocation du 6 mars 2020 n'a donc pas été suivie du licenciement disciplinaire dans le mois de la date de l'entretien préalable qu'elle fixait, et le report de cet entretien n'est pas imputable au salarié, qui rappelle que le confinement a débuté le 17 mars 2020 à 12 heures et soutient qu'il était parfaitement possible d'en assurer la tenue, d'autant plus que les autorités ont annoncé une tolérance des déplacements durant les heures ainsi que le lendemain suivant le début du confinement.

Dans le même sens M. [I] souligne que l'employeur a ensuite envisagé le déplacement du salarié au cours du confinement en le convoquant à un entretien préalable fixé au 16 avril 2020 à 10 heures. Ce courrier daté du 3 avril 2020 mentionne d'ailleurs que « la présente convocation est compatible avec les termes de l'arrêt de travail en date du 27 mars 2020 qui prévoit des sorties libres sans restriction d'horaire », rappelle au salarié qu'il peut se faire assister par un salarié de l'entreprise, et lui demande de se munir d'une attestation de déplacement dérogatoire en visant l'exception de déplacement prévue à l'alinéa 1, de respecter les gestes barrière, et lui précise qu'un masque et des gants lui seront donnés à son arrivée au siège.

La société Eurométropole de [Localité 7] Habitat ne peut valablement se prévaloir, au soutien de la prorogation des délais applicables en matière de procédure disciplinaire, des dispositions de l'article 2 de l'ordonnance n°2020-306 du 25 mars 2020, qui a été prise en application de la loi n°2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 qui avait défini les mesures à prendre par voie d'ordonnance, notamment de nature administrative ou juridictionnelle.

Dès lors, le licenciement intervenu le 4 juin 2020 à l'issue d'une procédure disciplinaire engagée le 9 mars 2020, soit plus d'un mois après la date de l'entretien préalable, est sans cause réelle et sérieuse.

Le jugement déféré est infirmé en ce sens.

Il appartient dès lors à la Cour de cassation de statuer sur ces positions jurisprudentielles divergentes.

Dans le cas d'espèce, si la cassation était prononcée, il y aurait lieu de s'interroger sur le point de savoir si la cassation atteint ou non le rejet de la demande indemnitaire pour licenciement vexatoire, étant observé que les faits dont se prévaut le salarié au soutien de cette demande sont sans rapport avec la cause de licenciement et la cause de l'éventuelle cassation. Le salarié soutenait en effet avoir subi un préjudice par l'annonce verbale de son licenciement le 16 juin 2020, lendemain de l'envoi de la lettre de licenciement, qu'il n'avait pas encore reçue.