

Représentants du personnel

**REPRESENTANTS DU PERSONNEL – Protection –
Salarié demandant l'organisation d'élections –
Demande postérieure à celle d'un syndicat –
Absence de protection.**

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.)

11 octobre 2000

K. contre SCP Crozat Barault

Attendu que Mme K. a été engagée le 30 janvier 1989, en qualité de remmailleuse par la société Marilor aux droits de laquelle vient la société TEC, en liquidation judiciaire à la suite d'un jugement du tribunal de commerce de Troyes du 21 juillet 1997 ; qu'elle a été licenciée pour faute grave selon lettre du 23 juin 1994 ; que soutenant qu'elle devait bénéficier du régime des salariés protégés pour avoir demandé l'organisation d'élections de délégués du personnel Mme K. a saisi la juridiction prud'homale en paiement de diverses indemnités ;

Attendu que la salariée fait grief à l'arrêt attaqué (Reims, 27 mai 1998), de l'avoir déboutée de sa demande tendant à voir prononcer la nullité de son licenciement prononcé sans autorisation de l'inspection du travail et tendant au paiement de dommages-intérêts à ce titre alors, selon le moyen, d'une part, que la protection du premier salarié non mandaté qui demande l'organisation d'élections commence au jour de l'intervention de l'organisation syndicale, peu important que la demande du syndicat ait précédé celle du salarié non mandaté ; que dans ce dernier cas, la protection remonte jusqu'à la date à laquelle le syndicat a demandé l'organisation d'élections ; qu'en décidant le contraire, la Cour d'Appel a violé l'article L. 425-1, alinéa 8 et 9 du Code du Travail et alors, d'autre part, que si l'on considère que la protection de la salariée remontait au jour de sa demande d'organisation d'élections, la réception de la convocation à l'entretien préalable étant postérieure à l'envoi de la demande d'élections, la protection devait lui être accordée ; qu'en jugeant le contraire, la Cour d'Appel a violé l'article L. 425-1 du Code du Travail.

Mais attendu que la Cour d'Appel qui a constaté que le syndicat CFTC avait demandé à l'employeur d'organiser des élections de délégués du personnel le 21 septembre 1993 et le 3 juin 1994, et que la salariée, non mandatée par ce syndicat, n'avait demandé à l'employeur d'organiser des élections que le 10 juin 1994, a exactement décidé que cette demande de la salariée postérieure à celle émanant du syndicat, ne pouvait conférer à Mme K. le statut de salarié protégé ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

Rejette le pourvoi.

(M. Waquet, f.f. Prés. - M. Richard de la Tour, Rapp. - Mme Barrairon, Av. gén.)

NOTE. — Les deux tiers des entreprises ou établissements employant de onze à cinquante salariés sont dépourvues de toute délégation du personnel, alors qu'en droit elles devraient en comporter au minimum un ou deux (avec autant de suppléants). Une interprétation jurisprudentielle par trop subtile, mais surtout excessivement restrictive, contribue à l'ineffectivité de ce droit à une délégation du personnel dans la réalité des très petites entreprises. L'arrêt rapporté l'illustre une nouvelle fois. Pourtant, la négociation sur le passage aux trente-cinq heures dans les entreprises de moins de vingt salariés d'ici au 1er janvier 2002 est censée trouver un nouveau souffle. Dans cette optique, dans les entreprises de moins de cinquante salariés, en l'absence de délégué du personnel désigné comme délégué syndical ou de salarié mandaté, la loi Aubry du 19 janvier 2000 permet aux délégués du personnel de négocier des accords de réduction de la durée du travail (art. VII). Il serait temps que la Haute Juridiction s'en aperçoive.

Les faits

Une salariée est embauchée le 30 janvier 1989 par la société Marilor. La CFTC demande à l'employeur d'organiser des élections de délégués du personnel le 21 septembre 1993. Probablement confrontée à l'insuccès de sa première demande, la CFTC la réitère le 3 juin 1994.

Notre salariée demande à son tour l'organisation d'élections à l'employeur le 10 juin 1994. L'employeur la licencie pour faute grave le 23 juin suivant (privation du droit au préavis, ainsi que de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement). La salariée estime que ce licenciement doit être annulé, car elle aurait dû bénéficier de la protection spéciale accordée pendant six mois aux salariés demandeurs d'élections (autorisation préalable de l'inspecteur du travail).

La procédure

La salariée saisit le Conseil des prud'hommes, qui la déboute de sa demande. La Cour d'appel déboute à son tour la salariée le 27 mai 1998.

Pour la Cour d'appel, la protection du premier salarié qui demande l'organisation d'élections de délégués du personnel sans être mandaté par un syndicat commence au jour de l'intervention du premier syndicat qui demande également ces élections. Mais la demande syndicale doit succéder à la demande du salarié.

La salariée non mandatée a demandé à l'employeur d'organiser des élections le 10 juin 1994, soit après que le syndicat CFTC ait lui-même formulé cette demande à deux reprises, les 21 septembre 1993 et 3 juin 1994. La

protection ne peut donc bénéficier à la salariée non mandatée. Celle-ci se pourvoit en cassation, où l'affaire est jugée le 11 octobre 2000.

Prétentions de la salariée

L'exposé des prétentions de la salariée tel qu'il ressort de la lecture de l'arrêt de rejet de la Cour de cassation semble quelque peu contradictoire. D'une part, on affirme que la protection du premier salarié non mandaté qui demande l'organisation des élections court du jour de l'intervention de l'organisation syndicale, peu important que la demande du syndicat ait précédé ou non celle du salarié.

Mais on explique tout aussitôt que, lorsque c'est le salarié qui a le premier demandé des élections, la protection devrait remonter à la date de la demande du salarié, et non celle du syndicat. La protection débiterait ainsi le 10 juin 1994. Donc l'antériorité de la demande du salarié sur celle du syndicat n'est pas "peu importante".

Il est argué toutefois que, quel que soit le cas de figure, la réception de la lettre de convocation patronale à l'entretien préalable au licenciement est postérieure à la date de la demande d'élections, qu'il s'agisse de la demande syndicale ou de la demande de la salariée. La protection doit donc bénéficier à la salariée demanderesse d'élections. L'employeur aurait dû demander l'autorisation de licenciement à l'inspecteur du travail.

Question de droit

La question posée est celle de l'interprétation combinée des alinéas 8 et 9 de l'article L. 425-1 du Code du travail : les salariés qui ont demandé à l'employeur d'organiser les élections de délégués du personnel bénéficient de la procédure spéciale de licenciement pendant une durée de six mois qui court à compter de l'envoi à l'employeur de la lettre recommandée par laquelle une organisation syndicale a, la première, demandé qu'il soit procédé à des élections (8^{ème} al.) ; cette procédure ne peut s'appliquer qu'à un seul salarié par organisation syndicale, ainsi qu'au premier salarié, non mandaté par une organisation syndicale, qui a demandé l'organisation des élections (9^{ème} al.).

La combinaison des alinéas 8 et 9 de l'article L. 425-1 fait apparaître une certitude et des points obscurs. La certitude, c'est que tous les salariés demandeurs d'élection ne bénéficient pas de la procédure protectrice. Il s'agit d'une part des seuls "*salariés mandatés*" par une organisation syndicale, d'autre part du "*premier salarié non mandaté*" par l'une de ces organisations.

Les points obscurs concernent les notions de salarié mandaté et du premier salarié non mandaté, ainsi que l'articulation entre la demande d'élection de ces deux catégories de salariés et celle du premier syndicat ayant le même objet.

Les salariés mandatés

Il semble que l'on doive comprendre par "*salarié mandaté*" un "*seul salarié*" par organisation syndicale dont la demande d'élection aura été relayée par le syndicat de leur choix.

Pour les "*salariés mandatés*", la durée de la protection, semble-t-il, court à compter de l'envoi de la

lettre recommandée par laquelle une première organisation syndicale demande des élections. On devrait donc considérer que si d'autres syndicats demandent à leur tour des élections (un salarié mandaté par syndicat), le point de départ du délai à compter duquel court la protection ne peut être reporté au jour d'une seconde, troisième, quatrième ou cinquième demande.

Dans notre cas, le point de départ de la protection devrait se situer au jour où la CFTC a, la première, demandé l'organisation des élections de délégués du personnel, soit le 21 septembre 1993 ou le 3 juin 1994. Si un second syndicat, la CGT par exemple, avait à son tour demandé l'organisation des élections, imaginons le 1^{er} juillet 1994, il semble que le point de départ de la protection du second salarié demandeur d'élection doive débiter au jour de la demande du premier syndicat demandeur, la CFTC, et non le 1^{er} juillet 1994, date de demande d'élection par le second syndicat demandeur, la CGT.

Laquelle des demandes de la CFTC, premier syndicat demandeur, convient-il de prendre en considération pour fixer la date du début de la protection ? La date de la première demande (21 septembre 1993), ou celle de la seconde (3 juin 1994) ? L'alinéa 8 ne mentionne que la date par laquelle une organisation syndicale a, la première, demandé l'organisation des élections. Qu'en est-il lorsque la première demande de la première organisation demanderesse restant sans effet celle-ci, plusieurs mois après, est amenée à réitérer sa demande, ce qui est manifestement notre cas ? Prudemment, le pourvoi esquive la difficulté.

Une chronologie implicite se dégage-t-elle pour autant de l'alinéa 8 de l'article L. 425-1, qui exigerait que la demande d'élections du premier syndicat précède obligatoirement celle des salariés, comme condition pour ces derniers du bénéfice de la protection spéciale ? Cela ne semble guère évident. On sait deux choses :

1. Des salariés demandent à l'employeur d'organiser les élections de délégués du personnel ;
2. La protection de six mois dont ils bénéficient court à compter de l'envoi de l'envoi à l'employeur de la lettre recommandée par laquelle un syndicat a, le premier, demandé qu'il soit procédé à des élections.

Il n'est clairement précisé nulle part que la demande du premier syndicat doit nécessairement être postérieure à celle du salarié. Le "*premier syndicat*" s'entendrait plutôt du premier des syndicats demandeurs d'élections, pas nécessairement le syndicat dont la demande précéderait celle des salariés, mandatés ou non. C'est ce que soutient avec une certaine pertinence notre salariée, non mandatée, pour qui peu importe que la demande d'élections du syndicat ait précédé la sienne.

Le premier salarié "non mandaté"

Quelle importance attacher à la distinction entre les "*salariés mandatés*" ("*un par organisation syndicale*") et "*le premier salarié non mandaté*" introduite par l'alinéa 9 de l'article L. 425-1 précité ? On serait tenté de penser que le salarié "*non mandaté*", par opposition aux "*salariés mandatés*", serait celui dont la demande d'élection ne serait relayée par aucune organisation syndicale. Ce qui ouvrirait sinon le droit de demander des élections, en tout cas la protection légale y afférente aux

salariés non syndiqués, la demande d'élections du premier d'entre eux n'ayant nullement besoin d'être relayée par un syndicat.

Pourtant, les conditions légales de mise en œuvre de la procédure protectrice semblent bien être identiques, que les salariés demandeurs d'élection soient mandatés ou non : l'alinéa 8 étend le bénéfice de la protection aux "*salariés qui ont demandé à l'employeur d'organiser des élections*", sans se référer à la notion de salariés mandatés ou non ; l'alinéa 9 en introduisant cette distinction précise aussitôt que la protection qui court, selon l'alinéa 8, à compter de l'envoi à l'employeur de la lettre recommandée du premier syndicat demandeur, "*ne peut s'appliquer qu'à un seul salarié par organisation syndicale ainsi qu'au premier salarié, non mandaté*". L'alinéa 9 détruirait ainsi dans un même mouvement l'intérêt pratique d'une distinction entre "*salariés mandatés*" et le "*premier salarié non mandaté*" qui semblait pourtant prometteuse.

Il y aurait donc une contradiction entre la lettre et "l'esprit" de la loi, qu'il appartiendrait à la Cour de cassation de résoudre.

Solution des juges

L'antériorité de la demande de la salariée sur la demande syndicale la prive du bénéfice de la protection, sa qualité de salariée "*non mandatée*" étant accessoire.

Lecture chronologique de l'article L. 425-1, 8^{ème} al.

Des salariés demandent l'organisation d'élections de délégués du personnel. Ils bénéficient de la procédure spéciale de licenciement des salariés dits "protégés". Cette protection d'une durée de six mois court à compter de l'envoi à l'employeur de la lettre recommandée par laquelle une organisation a, la première, demandé qu'il soit procédé à des élections (8^{ème} al. préc.).

Pour la Cour de cassation, une chronologie implicite découle de la lecture de l'alinéa 8, qui s'établirait ainsi :

1. un ou des salariés demandent l'organisation d'élection ;
2. un syndicat doit demander à son tour l'organisation de ces élections ;
3. ce n'est qu'à compter de cette dernière date que débute la protection de six mois, et non à compter de la demande du salarié.

De la chronologie retenue par la Cour de cassation, il importe, contrairement à ce que soutenait la salariée, que la demande d'élections du syndicat succède à la sienne. La protection lui est refusée car c'est le contraire qui s'est passé : la demande de la salariée a succédé aux deux demandes du syndicat.

On peut remarquer à ce propos que si la Cour de cassation avait retenu que la protection devait débiter à la date de la demande du premier syndicat, elle aurait dû trancher une autre difficulté : la protection débute-t-elle de la première demande du premier syndicat demandeur d'élection, ou de la seconde ? Si c'est bien de la première demande dont il s'agit, la protection de six mois ne pouvait pas plus bénéficier à notre salariée : la première demande de la CFTC date du 23 septembre 1993, la protection expirait donc le 23 mars 1994 ; la date de

convocation de la salariée à l'entretien préalable à son licenciement n'est pas connue, mais l'entretien est nécessairement antérieur au maximum d'un mois à celle de la notification du licenciement pour faute grave intervenue le 23 juin 1994 (C. trav., art. L. 122-41, 2^{ème} al.) : en tenant compte d'un délai de prévenance d'environ cinq jours entre la convocation à l'entretien préalable et la tenue de l'entretien lui-même, la procédure de licenciement était donc entamée au plus tôt vers le 17 avril 1994.

Lecture interprétative du 9^{ème} al.

La procédure protectrice "*ne peut s'appliquer qu'à un seul salarié par organisation syndicale, ainsi qu'au premier salarié, non mandaté par une organisation syndicale, qui a demandé l'organisation des élections*" (C. trav., art. L. 425-1, 9^{ème} al.).

Il convient d'avoir une lecture, non seulement chronologique mais aussi "simplifiée" des alinéas 8 et 9 commentés. Que le salarié demandeur d'élection soit mandaté ou non, sa demande doit, dans tous les cas, être antérieure à celle du premier syndicat demandeur. "*La salariée, non mandatée par ce syndicat (la CFTC) n'avait demandé à l'employeur d'organiser des élections que le 10 juin 1994*", alors que les deux demandes de la CFTC dataient des 21 septembre 1993 et 3 juin 1994. En conséquence, la "*demande de la salariée, postérieure à celle émanant du syndicat, ne pouvait conférer à Mme K. le statut de salarié protégé*" (dernier attendu de l'arrêt commenté).

Tout se passe comme si "*le premier salarié non mandaté*" devait se débrouiller pour l'être, c'est-à-dire pour le moins voir sa demande d'élections relayée sans délai par la première organisation syndicale possible.

Apport de l'arrêt

Il s'agit d'une confirmation jurisprudentielle, visant au renforcement du monopole dont bénéficient les syndicats représentatifs dans les élections professionnelles (ici la demande de telles élections), au détriment de la sécurité juridique des salariés "*non mandatés*", c'est-à-dire non syndiqués.

Une protection incertaine des salariés demandeurs d'élection non mandatés

La Cour de cassation, chambres sociale et criminelle confondues, comme le Conseil d'Etat, estiment que la protection exceptionnelle accordée à un salarié demandeur d'élections ne court qu'à compter de l'intervention effectuée aux mêmes fins par une organisation syndicale (Crim. 10 déc. 1985 : B. crim. n° 396 ; soc., 22 nov. 1988 : BC V, n° 614 ; CE 5 nov. 1993 : D. 1994, Somm. 298, obs. J.-M. Verdier). Il avait été précisé également, comme dans notre espèce, que la demande d'organisation d'élections formulée par un salarié ne lui confère pas le statut de salarié protégé si un syndicat a déjà présenté une demande aux mêmes fins (Soc. 28 oct. 1996 : BC V, n° 351 ; Dr. Ouv. 1997, 255, note F. Saramito).

Tout au plus peut-on être parfaitement assuré aujourd'hui que le salarié non mandaté est soumis aux mêmes restrictions de protection que les salariés mandatés. La demande d'élection des salariés, mandatés

ou non, doit précéder la demande du premier syndicat, et non l'inverse. A cette différence près que, si aucun syndicat ne relaie la demande d'élections du premier salarié non mandaté, celui-ci ne sera jamais protégé. Or, la mise en œuvre de la protection est plus difficile pour lui que pour ses camarades mandatés.

Ces derniers sont confrontés à un risque majeur, mais limité dans le temps, voire simple à supprimer totalement. Puisque la protection d'un salarié demandeur d'élection ne court qu'à compter de la demande "aux mêmes fins" d'un syndicat, il y a le risque d'une période non protégée, qui s'écoule entre la demande du salarié, et l'envoi de la lettre recommandée avec AR à l'employeur de la demande du premier syndicat. L'hypothèse en pratique la plus simple et sans doute la plus fréquente est que le salarié demande l'organisation d'élections dans un courrier commun destiné à l'employeur par lequel le syndicat informe ce dernier qu'il formule la même demande et qu'il "mandate" le salarié à cette fin.

Les difficultés sont plus grandes pour le "premier salarié non mandaté" demandeur d'élection. Nous savons que, pour être protégé, celui-ci doit impérativement voir sa demande confirmée auprès de l'employeur par un premier syndicat. Autant dire que le salarié non mandaté doit agir comme le salarié mandaté, et prendre langue avec un syndicat représentatif qui devra relayer sa propre demande d'élection, condition substantielle pour faire de lui un salarié protégé.

Mais subsiste en tout état de cause une inégalité foncière entre salariés mandatés et non mandatés : ces derniers auront probablement du mal à savoir si un syndicat a déjà demandé des élections ; ils risqueront donc plus facilement que les premiers de relayer une première demande syndicale et d'être privés du statut protecteur.

On pourra se consoler en pensant qu'il s'agit d'une incitation jurisprudentielle à la syndicalisation, ou tout au moins au "mandatement" des salariés demandeurs d'élection. Il n'en demeure pas moins que cette décision renforce le sentiment d'incohérence avec la jurisprudence sur la protection des candidats aux élections professionnelles.

L'incohérence avec la protection des candidats déclarés ou imminents, syndiqués ou non

Aux termes de la jurisprudence de la même Haute Juridiction, les candidats aux élections professionnelles sont mieux protégés que les "simples" salariés demandeurs d'élections. Le régime juridique de leur protection s'est de plus considérablement simplifié depuis 1996.

Le candidat aux élections professionnelles est en effet protégé du seul fait de sa candidature, dès lors que celle-ci est notifiée à l'employeur, ou que celui-ci ait connaissance de l'imminence de la dite candidature :

- que le salarié soit candidat au premier comme au second tour (Soc. 18 nov. 1992 : BC V, n° 556) ;
- que le salarié soit candidat individuel avant même l'organisation du premier tour, peu important que pour ce premier tour les syndicats aient le monopole des candidatures (Crim. 3 déc. 1996 : B. Crim. n° 444) ;

- que cette candidature soit régulière ou non, entachée ou non de nullité (Soc. 28 nov. 2000 : Droit Soc. 2001, p. 638) ;
- la nullité de la candidature n'étant pas rétroactive n'empêche pas la nullité du licenciement sans autorisation survenu avant l'annulation de la candidature par voie judiciaire (J.-M. Verdier : "La protection des représentants des salariés dans l'entreprise : une logique du statut" ; Droit Soc. 2001 préc.).

A défaut d'être considéré comme candidat tant qu'un accord électoral n'a pas fixé les modalités des élections, le salarié sera néanmoins protégé du fait par l'employeur de la connaissance de l'imminence de sa candidature (Crim. 21 juin 1988 : B. crim. n° 283 ; dans le même sens : Soc. 20 nov. 1991 : BC. V, n° 514 ; Crim. 18 nov. 1997 : B. crim. n° 391) ;

Un auteur infiniment plus autorisé que nous-même a ainsi pu écrire qu' "*une cohérence souhaitable*" reste à établir "*dans une jurisprudence relative aux divers aspects du problème de la mise en place des institutions représentatives*" (J.-M. Verdier, La protection des représentants des salariés dans l'entreprise, préc.).

En l'état actuel de la jurisprudence, il est donc préférable, quitte pour un salarié syndiqué ou non à prendre le risque de demander des élections professionnelles à son employeur, de le faire en se déclarant par avance candidat – au premier tour pour les "salariés mandatés", au second tour pour les candidats individuels, et cela avant même l'organisation d'un premier tour pour ces derniers.

Henri Peschaud
DESS de Droit Social
Chargé d'enseignement au CNAM d'Evry