

Le double usage par le représentant du personnel de la prise d'acte de la rupture de son contrat de travail

par *Laurent Milet*, Docteur en droit,
Rédacteur en chef de la Revue Pratique de Droit social,
Maître de conférences associé à l'Université de Paris XI - Faculté Jean Monnet

PLAN

- I. La prise d'acte comme sanction du refus de l'employeur d'une réintégration demandée et obtenue en justice
- II. La prise d'acte assimilée à un licenciement nul : une arme à double tranchant non dépourvue d'ambiguïté

Les représentants du personnel ne peuvent pas être licenciés sans autorisation préalable de l'inspection du travail, après, dans la plupart des cas, avis du comité d'entreprise. Ils bénéficient d'une protection exceptionnelle et exorbitante du « droit commun ». Ce principe a été affirmé en 1974 par la Chambre mixte de la Cour de cassation dans les arrêts dits *Perrier* (1).

Cette protection est une liberté publique fondamentale (2). Elle trouve sa source dans les principes constitutionnels français (3) et dans les conventions internationales du travail (4).

La protection présente un caractère d'ordre public. Elle est assortie de sanctions pénales. L'employeur en défaut ne peut pas effacer le délit commis en se rétractant (5).

Le licenciement non autorisé d'un élu du personnel est nul ce qui signifie que le contrat de travail n'est pas rompu et que l'intéressé peut demander sa réintégration et/ou une indemnisation (6).

Cette procédure présente donc un caractère exceptionnel car, sans accorder une immunité absolue aux intéressés, elle tente de leur assurer une garantie d'emploi dont ne bénéficient pas les salariés dans leur ensemble.

Elle est exorbitante du droit commun car elle déroge à la liberté de rupture unilatérale des contrats de travail. L'employeur ne peut rompre le contrat que par un licenciement dans les formes légales. Il ne peut pas demander au Conseil de prud'hommes la résiliation judiciaire du contrat de travail (7).

En principe, le salarié ne peut pas renoncer lui non plus à sa protection. C'est ce qui explique par exemple qu'un représentant du personnel ne peut pas, en signant une transaction antérieure au licenciement, renoncer par avance aux dispositions d'ordre public instituées pour protéger son mandat (8).

(1) Cass. ch. mixte 21 juin 1974, D. 1974.593, concl. Touffait, Dr. Ouv. 1974.321. Cf. chronique H. Sinay, D. 1974, chron. 235 ; Cass. Ass. plén., 28 janv. 1983, *Soler*, n° 80-93511, bull. p. 1, n° 1.

(2) Voir J.-M. Verdier, « Du contrat au statut et du droit individuel aux libertés publiques », JCP 1971, doctr. 2422.

(3) Cf. notamment décisions n° 88-244 DC du 20 juill. 1988, Dr. soc. 1988.760, obs. X. Prétot ; n° 91-72 du 16 janv. 1991, D. 1991.32, note X. Prétot.

(4) Conv. internationales n° 135 (1971), J.O. français du 16 nov. 1973, et n° 158 (1982), JO français du 15 févr. 1990. L'article 1^{er} de la convention n° 135 est reproduit plus haut au chapitre 3. La convention n° 158, entrée en vigueur le 16 mars 1990, déclare notamment que « ne constituent pas des motifs valables de licenciement (...) le fait de solliciter, d'exercer ou d'avoir exercé un mandat de représentation des travailleurs ».

(5) Cass. crim. 26 janv. 1993, *Pomona*, n° 89-85389, bull. n° 43 ; Cass. crim. 4 avr. 1995, *Sté Soferba*, n° 93-80312.

(6) Bibliographie sur la protection des représentants du personnel : D. Chelle et X. Prétot, « Représentants du personnel (protection) », Rép. Dalloz Dr. trav. janv. 2005 ; J.-Y. Kerbourc'h, *Le statut protecteur des représentants du personnel*, Litec 2003 ; M. Miné, H. Rose et Y. Struillou, *Le droit du licenciement des salariés protégés*, 2^e éd., Economica 2002 ; J.-Y. Kerbourc'h, *Juris-Cl. Trav.*, Fasc. 15-94 à 15-98 (2002) ; Liaisons sociales, n° spécial du 23 févr. 2001 ; J.-M. Verdier, « Représentants syndicaux ou élus des salariés : Un droit positif encore chargé d'équivoques », RJS 1999, Chron. p. 824 ; C. Puigelier, *La rupture du contrat de travail des salariés protégés*, Economica, 1998 ; L. Milet, « Le licenciement des représentants du personnel », R.P.D.S. 1993.311 et 1994.7.

(7) Cass. ch. mixte 21 juin 1974, précité.

(8) Cass. crim. 4 févr. 1992, *Lesprit*, n° 90-82330, JCP 1992, E, 382, note Taquet ; Cass. soc. 2 déc. 1992, *Electricité Tahiti*, n° 91-42326, Dr. soc. 1993.155, rapport Ph. Waquet, JCP 1993, E, 404 note Taquet ; Cass. soc. 10 juill. 2002, *Sté Innotech*, n° 00-40301, bull. n° 249, RPDS 2002.307, comm. L. Milet

La justification de cette interdiction c'est que la protection légale a été instituée dans l'intérêt de la collectivité des salariés et non dans celui du délégué. En conséquence, « le salarié protégé n'est pas propriétaire de son mandat ; il ne peut, dans son seul avantage, y renoncer » (9). C'est pour cette raison que la Chambre sociale de la Cour de cassation avait précisé en 1996 que le salarié protégé licencié sans autorisation ne peut pas demander la résiliation judiciaire de son contrat de travail (10).

Cette analyse qui privilégie « la logique du statut » selon l'expression du professeur Jean-Maurice Verdier (11) est intellectuellement satisfaisante mais sans doute peu adaptée à la réalité vécue chaque jour par certains représentants du personnel particulièrement engagés sur le terrain revendicatif. En effet, c'est désormais un secret de polichinelle que la situation de ces derniers est parfois intenable pour des raisons diverses : mise au placard, discriminations directes ou indirectes, tracasseries, etc. Certes, l'arsenal législatif et jurisprudentiel s'est renforcé au fil des années et il existe aujourd'hui des moyens juridiques de riposte à de telles situations qui n'existaient pas hier (12).

Il n'en demeure pas moins que, dans de nombreux cas, la situation de blocage ne peut être que constatée : l'employeur n'engage pas la procédure de licenciement en sollicitant l'autorisation administrative ; il nourrit le secret espoir que le salarié élu ou mandaté va finir par « craquer » au mieux en donnant sa démission, au pire en cherchant à négocier son départ. Quant au salarié il ne peut pas demander lui-même à l'inspecteur du travail une autorisation de « se licencier ». Et s'il démissionne, il risque d'en être pour ses frais, tant au niveau de ses indemnités de licenciement que de ses allocations de chômage.

En 2003, la Chambre sociale de la Cour de cassation a débloqué ce type de situation en admettant qu'un représentant du personnel puisse quitter l'entreprise en prenant acte de la rupture de son contrat de travail, et s'adresser au Conseil de prud'hommes pour obtenir une indemnisation dès lors que l'employeur n'avait pas respecté ses obligations (en l'espèce, non paiement de diverses primes) (13).

Le même raisonnement avait conduit en 2005 la Chambre sociale à accueillir, pour la première fois, la demande d'un salarié en résiliation judiciaire de son contrat de travail (14).

Dans les arrêts reproduits en annexe de la présente étude, il est à nouveau question de la prise d'acte de la rupture de son contrat de travail par un représentant du personnel. Mais ils constituent des illustrations différentes de l'utilisation de ladite prise d'acte.

Le premier arrêt est révélateur des difficultés rencontrées par un représentant du personnel licencié sans autorisation administrative (donc en violation de la loi) souhaitant obtenir la réintégration dans son emploi et qui se heurte à la résistance persistante de son employeur. Celle-ci a conduit l'intéressé à prendre acte de la rupture de son contrat de travail ce qui lui a permis d'obtenir une indemnisation supérieure à celle à laquelle il aurait pu prétendre si l'employeur l'avait réintégré. Dans ce cas précis, la prise d'acte de la rupture demandée et obtenue judiciairement a constitué une arme permettant une mutation de l'indemnisation du salarié non réintégré alors qu'il en avait fait la demande et, corrélativement, une sanction efficace de l'employeur récalcitrant (I).

Le second et le troisième arrêt réaffirment la solution déjà acquise en 2003 en autorisant un représentant du personnel à prendre acte de la rupture de son contrat de travail dès lors que l'employeur ne remplit pas ses obligations à son égard. Il précise cependant les conditions auxquelles cette prise d'acte peut être assimilée à un licenciement nul, ce qui en fait une arme à double tranchant non dépourvue d'ambiguïté (II).

(9) Rapport Ph. Waquet sur Cass. soc. 2 déc. 1992, *Electricité Tahiti*, Dr. soc. 1993.155.

(10) Cass. soc. 18 juin 1996, *Litwin*, n° 94-44653, *bull.* n° 248, Dr. soc. 1996.979, obs. J. Blaise.

(11) J.-M. Verdier, art. précité.

(12) Voir J.-E. Ray, L'auto-licenciement nul des représentants du personnel, Dr. soc. 2006.815. Nous partageons les remarques de l'auteur sur ce point mais nous ne pouvons souscrire aux propos selon lesquels les représentants du personnel ne feraient pas l'objet de la même vindicte qu'autrefois. Si cela était le cas, les demandes d'autorisations de licenciement

présentés par les employeurs diminueraient significativement ; or ce n'est pas le cas et l'administration accorde toujours l'autorisation de licencier 88 fois sur 100 ce qui, on en conviendra, est de nature à décourager les vocations Voir Ministère de l'Emploi, DARES, Premières Informations Premières Synthèses, sept. 2005, n° 38.3

(13) Cass. soc. 21 janv. 2003, *Sogeposte*, n° 00-44697, *bull.* n° 13.

(14) Cass. soc. 16 mars 2005, *Carcoop France*, n° 03-40251, RPDS 2005, n° 720, p. 135, comm. L. Millet ; JCP 2005, éd. E, n° 24, p. 942, note D. Boulmier ; D. 2005.1613, note J. Mouly.

I. La prise d'acte comme sanction du refus de l'employeur d'une réintégration demandée et obtenue en justice

Selon la Cour de cassation le licenciement d'un salarié investi d'un mandat représentatif, prononcé en violation du statut protecteur, est atteint de nullité et ouvre droit, pour l'intéressé, à sa réintégration s'il l'a demandée (15) et à une indemnisation forfaitaire.

Mais ce qui paraît simple en théorie ne l'est pas toujours en pratique si l'on en croit le véritable parcours judiciaire du combattant subit par le représentant du personnel dans l'affaire *Sté CIAD* (*infra* p. 82). Qu'on en juge : le salarié avait demandé l'organisation d'élections professionnelles et bénéficiait du statut protecteur à ce titre. Il fût licencié le 29 janvier 1997 alors que l'employeur avait sollicité une autorisation administrative de licenciement qui a été refusée le 30 janvier 1997. Le licenciement non autorisé était donc atteint de nullité et le salarié avait demandé en référé à plusieurs reprises sa réintégration. Il a pourtant fallu attendre un arrêt de la cour d'appel de Caen du 11 février 2002 statuant sur renvoi d'un arrêt de la Cour de Cassation du 26 juin 2001 pour que celle-ci soit ordonnée en dernier lieu. Mais l'employeur persistant dans son refus de réintégration, le salarié a pris acte de la rupture du contrat de travail aux torts de l'employeur le 30 avril 2003. Saisie sur ce point, la Cour d'appel de Rennes a, le 27 novembre 2003, jugé que la prise d'acte de la rupture du contrat de travail intervenue le 30 avril 2003 s'analysait en un licenciement sans cause réelle et sérieuse et a condamné la société à payer à l'intéressé une indemnité compensatrice de perte de salaire pour la période comprise entre le 30 janvier 1997 et le 30 avril 2003, ainsi qu'une indemnité de préavis, une indemnité spéciale de rupture et des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Dans son pourvoi, l'employeur récalcitrant soutenait que « même si le salarié protégé a été licencié en violation du statut protecteur, il ne saurait postérieurement prendre acte de la rupture de son contrat de travail du fait du refus de l'employeur de le réintégrer ». L'arrêt rendu par la Chambre sociale le 25 janvier 2006 est donc important à plus d'un titre. Il

indique clairement que le refus de réintégrer un représentant du personnel victime d'un licenciement nul justifie une prise d'acte aux torts de l'employeur, laquelle produit les effets d'un licenciement illicite.

Les conséquences sont connues. Dans la mesure où le licenciement est nul l'intéressé peut bénéficier d'une double indemnisation : une indemnisation qui sanctionne la violation par l'employeur du statut protecteur des représentants du personnel et une indemnisation au titre de la rupture du contrat de travail (c'est-à-dire la réparation du préjudice résultant de la perte de l'emploi et de l'interruption de carrière).

L'indemnisation due au titre de la rupture du contrat de travail ne pose plus problème depuis quelques années : l'employeur doit, non seulement verser les indemnités de rupture légales ou conventionnelles si cela n'a pas déjà été fait au moment du licenciement, mais aussi des dommages et intérêts au moins égaux à six mois de salaire prévue en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse (art. L. 122-14-4 du Code du travail) (16), et ce, quelle que soit l'ancienneté du salarié ou la taille de l'entreprise (17). Elle est due dès lors que le juge constate que le licenciement a été prononcé en méconnaissance du statut protecteur. Il n'a donc pas à apprécier la cause réelle et sérieuse du licenciement (18). Et la Chambre sociale a précisé récemment que le salarié a droit à l'indemnité compensatrice de préavis et qu'il n'appartient pas à l'employeur d'opérer une réduction sur le montant de cette indemnité dont il doit verser le montant intégral pour toute la durée où le préavis aurait dû être exécuté (19).

Pour ce qui concerne l'indemnisation pour violation du statut protecteur, l'indemnité est égale à la rémunération qu'aurait perçue le salarié depuis la date de son éviction jusqu'à la fin de la période de protection légale en cours (20) s'il n'a pas demandé sa réintégration.

Si le salarié a demandé sa réintégration, l'indemnité forfaitaire est égale au montant intégral des salaires et avantages directs et indirects qui auraient été perçus

(15) Voir J.-Y. Frouin, « L'indemnisation des salariés protégés sans autorisation », RJS 11/2001, chron. p. 842 ; L. Milet, « Les indemnités dues aux représentants du personnel licenciés sans autorisation administrative », Dr. soc. 2001.1053 ; J.-Y. Kerbourc'h, « Les sanctions du licenciement sans autorisation ou dont l'autorisation est annulée », RJS 12/03, Chron. p. 923.

(16) Cass. soc. 12 juin 2001, *Peccoud*, n° 99-41695, bull. n° 219, Dr. soc. 2001.899, obs. J. Savatier, RPDS 2001, n° 678, p. 330, comm. L. Milet ; Cass. soc. 23 nov. 2004, *Sté ECF CESR FP*, n° 02-44262, bull. n° 296.

(17) Cass. soc. 2 juin 2004, *Sté Vendôme express*, n° 02-41045, bull. n° 153, RPDS 2004, n° 715, p. 371, comm. L. Milet.

(18) Cass. soc. 29 mars 2005, *Unibéton*, n° 03-40768, bull. n° 105

(19) Cass. soc. 10 mai 2006, *société CIAM*, n° 04-40901 P.

(20) Cass. soc. 27 mai 1970, *Rhodiacta*, n° 69-40070, bull. n° 362, JCP 16773, note Groutel, Dr. soc. 1971.130, note J. Savatier, Dr. Ouv. 1971.193 ; Cass. soc. 10 juill. 1990, *Bourdon*, n° 86-43699, bull. n° 362 ; Cass. soc. 10 déc. 1997, *Moulin Sauveterre*, n° 94-45532, bull. n° 432 ; Cass. soc. 23 mai 2000, *IBM*, n° 97-42145, bull. n° 202 ; Cass. soc. 27 oct. 2004, *Crédit Lyonnais*, n° 01-45902, bull. n° 275. Les juges ne peuvent limiter cette indemnité en considérant que l'expiration de la période de préavis marque le point de départ de l'indemnité à laquelle a droit le salarié (Cass. soc. 10 mai 2006, société CIAM, précité).

jusqu'à la réintégration (21). Et ceci même si cette dernière n'intervient qu'après la date de la fin de la période de protection dès lors que la demande a été faite pendant ladite période (22).

Mais encore faut-il que le salarié qui en a fait la demande soit effectivement réintégré. C'est ce que n'avait pas compris (ou voulu comprendre) l'employeur dans l'affaire *Sté CIAD* où il entendait limiter l'indemnisation du salarié au versement d'une indemnité égale au montant de la rémunération du salarié entre son licenciement et sa réintégration (entendue sans doute au jour de la décision de justice l'ordonnant, mais non effective).

La question de la période à indemniser était donc posée au juge dans la mesure où le salarié ayant pris acte de la rupture de son contrat de travail, il renonçait par la même à sa réintégration. Deux conceptions étaient envisageables.

La première qui était celle de l'employeur consistait à considérer que le salarié renonçant à la réintégration par la prise d'acte, il fallait faire remonter les effets de cette renonciation à la date de sa demande de réintégration initiale ce qui aurait, au pire, limité l'indemnisation à l'expiration de la période de protection. Cette dernière étant expirée depuis longtemps s'agissant d'un demandeur d'élection, la somme perçue par le salarié aurait été dérisoire par rapport à l'illégalité commise par l'employeur qui, rappelons-le, s'est opposé pendant plusieurs années à la réintégration effective du salarié. Une telle analyse relevait de la position d'équilibriste car l'employeur était d'une particulière mauvaise foi dans cette affaire puisqu'il invoquait une réintégration... qui n'avait jamais eu lieu !

La seconde, retenue par l'arrêt, consistait à faire coïncider complètement la date de la prise d'acte et celle de la renonciation à la réintégration afin de fixer le terme de l'indemnisation. Celle-ci est donc due entre le licenciement et la prise d'acte.

On assiste dès lors à une mutation de l'indemnisation pour violation du statut protecteur du salarié protégé laquelle se scinde en deux parties.

Une première partie que l'on qualifiera de traditionnelle correspondant à la rémunération qu'il aurait perçue entre la date de son éviction et l'expiration de la période de protection puisque, bien que demandeur initial de réintégration, le salarié doit ensuite y renoncer.

Une seconde partie correspondant à la rémunération qu'il aurait perçue entre l'expiration de la période de protection et celle de la prise d'acte. Le chef d'entreprise est sanctionné plus fortement car c'est lui qui a contraint

par son attitude le salarié à « s'auto-licencier ». Ce n'est d'ailleurs pas la première fois que la jurisprudence admet que l'indemnité pour violation du statut protecteur est due au-delà de la fin de la période de protection. C'est le cas si la demande de réintégration a été formulée par le salarié après l'expiration de ladite période pour des raisons qui ne lui sont pas imputables. C'est ce qui a été jugé dans une affaire où le salarié avait dû attendre que son licenciement soit jugé nul par les tribunaux ce qui expliquait une demande tardive de réintégration (23). Il est en revanche bien évident que le salarié qui demanderait, sans raison valable, sa réintégration une fois passée la fin de la période de protection verrait en tout état de cause son indemnisation limitée à l'expiration de cette période.

Et dans les hypothèses où la période de protection ne sera pas expirée lorsque le salarié prendra acte de la rupture de son contrat, rien n'empêche à notre avis l'intéressé de demander que l'indemnité soit accordée jusqu'à l'expiration de ladite période puisque c'est le refus de réintégration de l'employeur qui aura empêché le salarié de concrétiser sa demande.

Enfin, le fait que l'arrêt mentionne que le salarié ait obtenu judiciairement sa réintégration, ne signifie pas que celui qui a fait une demande de réintégration directement à son employeur bénéficierait d'une indemnisation moins avantageuse en cas de refus de réintégration et de prise d'acte ultérieure. La réintégration est en effet de droit dès lors qu'elle est demandée par le salarié. A lui d'en apporter ultérieurement la preuve devant le juge de la prise d'acte. Il est cependant évident qu'en pratique, l'intéressé sera contraint dans la plupart des cas de s'adresser au juge des référés pour obtenir sa réintégration et disposer ainsi d'un moyen de preuve irréfutable de la mauvaise foi de l'employeur.

Dans l'affaire qui vient d'être évoquée, il n'y avait pas lieu de s'interroger sur la légitimité de la prise d'acte par le salarié de la rupture de son contrat. Cette légitimité découle de l'acte illicite de licencier sans autorisation administrative commis en amont par l'employeur, acte aggravé par son refus de réintégrer le salarié qui le souhaite.

Plus délicate en revanche est la question de la légitimité de la prise d'acte et de ses effets lorsque l'employeur n'a pas licencié le salarié ou n'a pas manifesté son intention de le faire.

(21) Cass. soc. 17 oct. 1989, *Sté Boca*, n° 87-41174, bull. n° 596.

(22) Cass. soc. 10 déc. 1997, *Bernard*, n° 94-45254, bull. n° 431 ; Cass. soc. 24 sept. 2002, *Corse hélico*, n° 00-44018.

(23) Cass. soc. 30 nov. 1999, *Challenger technol.* n° 97-41690, bull. n° 465, RPDS juin 2000, n° 662, p. 175, comm. L. Millet.

II. La prise d'acte assimilée à un licenciement nul : une arme à double tranchant non dépourvue d'ambiguïté

L'hypothèse soulevée ici est bien différente de la précédente mais elle conduit inexorablement le chef d'entreprise à la même illégalité.

Ici, point de licenciement sans autorisation, point de résistance de la part de l'employeur à une demande de réintégration. Simplement un salarié protégé qui, sans doute excédé de subir diverses discriminations voire humiliations, ne voit pas d'autre issue pour faire cesser cette situation que de prendre acte de la rupture de son contrat de travail et de saisir le Conseil de prud'hommes afin de faire valoir ses droits.

Cette voie lui fût longtemps fermée jusqu'à ce que la Chambre sociale de la Cour de cassation en décide autrement par l'arrêt *Sogeposte* du 21 janvier 2003 (24). Les arrêts *société Saman* et *société Feron* (*infra* p. 83) le confirment : la prise d'acte par le salarié de la rupture de son contrat produit les effets d'un licenciement nul. En effet, comme le contrat du salarié ne pouvait être rompu qu'avec une autorisation administrative et que celle-ci fait défaut, l'employeur a violé le statut protecteur (même si c'est à l'insu de son plein gré). Le salarié doit donc être indemnisé forfaitairement pour cette violation conformément à la jurisprudence déjà évoquée. En outre, le licenciement est automatiquement sans cause réelle et sérieuse et l'intéressé doit percevoir en plus une indemnité minimum de six mois de salaire (25).

Certains auteurs critiquent la sanction de la nullité. Ainsi, le professeur Jean-Emmanuel Ray reconnaît que si les faits à l'origine de la prise d'acte sont établis par le salarié et justifient cette dernière, le licenciement est sans cause réelle et sérieuse (26). Mais point de nullité à l'horizon. Et par voie de conséquence, point d'indemnisation au titre de la violation du statut protecteur. Le minimum syndical en quelque sorte.

Deux arguments assez sérieux sont avancés principalement : le premier est qu'il est sévère de sanctionner par la nullité un chef d'entreprise qui se trouve devant le fait accompli et n'a peut être pas eu l'intention de licencier le salarié sans autorisation. Est cité en exemple, dans l'affaire *société Saman*, le comportement du salarié protégé prenant acte de la rupture du contrat de travail quelques mois après son élection qui ne serait pas dépourvu d'ambiguïté puisque cela lui permettait, potentiellement, de bénéficier d'une indemnisation maximum (entre la date de la prise d'acte

et la fin de la période de protection, soit deux ans moins quatre mois) (27).

Pour effacer cette infamie du salarié protégé qui serait davantage préoccupé par « le hold-up parfait » que par la continuité de son mandat au service des travailleurs, l'auteur précité recommande la voie de la résiliation judiciaire qui est également ouverte depuis peu aux représentants du personnel (28). Dans ce dernier cas en effet, le salarié demeure dans l'entreprise. Si le juge ne prononce pas la résiliation judiciaire du contrat, le lien contractuel n'est pas rompu et il continue, sinon à travailler normalement, du moins à toujours faire partie des effectifs, à percevoir son salaire et à pouvoir exercer son mandat. Si ultérieurement, il n'obtient pas ce qu'il demande devant le juge, l'employeur n'est pas autorisé à le considérer comme démissionnaire et il ne peut le licencier qu'en sollicitant une autorisation administrative. C'est cette voie là que devrait choisir le salarié un tant soit peu attaché à la morale et à la logique de l'institution.

Le second argument plus classique souligne l'inégalité ainsi créée quant aux conséquences de la prise d'acte entre les salariés protégés et les salariés non protégés. Si la prise d'acte est reconnue justifiée par le juge, ces derniers seraient désavantagés au niveau de l'indemnisation puisqu'ils doivent se contenter de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (et encore s'ils y sont éligibles) alors que les salariés protégés décrocheraient le jackpot en cumulant l'indemnisation pour violation du statut protecteur et celles au minimum de six mois de salaire au titre de l'indemnisation de la rupture du contrat.

D'autres arguments plaident cependant pour la sanction des effets de la nullité en cas de prise d'acte.

Tout d'abord, conformément à la jurisprudence concernant les salariés non protégés (29), le présent arrêt précise que la prise d'acte produit les effets d'une démission s'il s'avère que les faits invoqués par le salarié ne la justifiaient pas. Ce qui n'est quand même pas rien. Salariés protégés et non protégés sont ainsi sur un strict pied d'égalité quand au risque encouru : la perte du droit aux indemnités de rupture et la perte de ses droits aux allocations de chômage puisque ces dernières ne sont pas dues en cas de démission pour un motif non reconnu légitime par l'Assedic. Les uns (protégés) ne

(24) Cass. soc. 21 janv. 2003, *Sogeposte*, n° 00-44697, bull. n° 13.

(25) Cass. soc. 12 juin 2001, *Peccoud*, et la jurisprudence postérieure précitée note 16.

(26) Voir J.-E. Ray, L'auto-licenciement nul des représentants du personnel, Dr. Soc. 2006.815.

(27) J.-E. Ray, art. précité, spéc. p. 817.

(28) Cass. soc. 16 mars 2005, *Carcoop France*, précité.

(29) Cass. soc. 25 juin 2003, *société Ecoles de danse Gérard Louas*, n° 01-43578, bull. n° 209.

sont donc en aucun cas privilégiés par rapport aux autres (non protégés).

Doit-on considérer que la justification de la prise d'acte est circonscrite au cas les plus graves qui peuvent caractériser un manquement sérieux de l'employeur à ses obligations (obligation de payer le salaire, harcèlement, non-respect de l'égalité de traitement, atteinte à la santé du salarié, etc.) ? On peut le penser. Pour autant, des manquements patronaux répétés aux prérogatives d'un élu ou mandaté comme c'était le cas dans l'affaire *Société Féron* (non-convocation aux réunions du comité d'entreprise, non-paiement à l'échéance des heures de délégation) peuvent aussi justifier une prise d'acte même s'il est exact que d'autres voies efficaces et rapides comme le recours au juge des référés permettent aux représentants du personnel de faire respecter les atteintes les plus courantes à l'exercice quotidien du mandat (30). Sans doute le juge sera plus sensible à légitimer la prise d'acte s'il s'avère que le salarié a utilisé déjà d'autres moyens mis à sa disposition par la loi et la jurisprudence pour faire respecter ses prérogatives. Mais cela ne doit pas être un préalable qui fermerait la voie à la légitimation de la prise d'acte car ce serait pour le coup exiger du salarié protégé une condition qui n'existe pas pour les salariés non protégés. Les conseillers prud'hommes devront donc être attentifs aux éléments avancés par le salarié.

Et cela d'autant plus que l'arrêt *Société Féron* rendu le même jour précise que l'écrit par lequel le salarié titulaire d'un mandat représentatif prend acte de la rupture du contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur ne fixe pas les limites du litige, le juge étant tenu d'examiner les manquements de l'employeur invoqués devant lui par ce salarié, même si celui-ci ne les a pas mentionnés dans cet écrit (31).

Inversement si les faits justifiaient la prise d'acte, elle produit les effets d'un licenciement. Il n'y a alors aucune raison valable de traiter sur le même plan le salarié protégé et le salarié non protégé. Dans une telle situation l'employeur est en effet l'arroseur arrosé car il ne pouvait ignorer que, par ces actes ou omissions, il n'a pas seulement manqué à son obligation d'exécution de bonne foi du contrat de travail, mais il a tenté, sans succès, d'isoler le salarié protégé de la collectivité des travailleurs qu'il représente. Qui plus est, on ne voit pas pourquoi la solution serait ici différente de celle retenue en cas de résiliation judiciaire couronnée de succès (si l'on ose s'exprimer ainsi). Sauf à créer une discrimination

cette fois-ci entre salariés protégés selon qu'il seraient présumés « vertueux » (voie de la résiliation judiciaire) ou « profiteurs » (prise d'acte).

Reste un problème central : la voie de la prise d'acte ou celle de la résiliation judiciaire ne sont pas le mode « normal » de la rupture du contrat des représentants du personnel. Ainsi, le doyen Philippe Waquet regrette que « *malheureusement, des abus se produisent et qu'en fait certains salariés protégés indélicats n'hésitent pas à monnayer leur exclusion de l'entreprise* » (32). Et selon le même auteur, la première démarche à accomplir pour éliminer de telles pratiques consisterait « *à interdire aux salariés titulaires d'un mandat de prendre acte de la rupture de leur contrat ou d'agir en résiliation judiciaire dudit contrat* » (33).

S'il est légitime de s'interroger sur « la déontologie » de certains élus tentés (souvent par usure) par la perspective d'une indemnisation juteuse (mais non certaine), il ne faudrait quand même pas oublier l'essentiel : qu'ont à craindre les employeurs à solliciter dans les formes légales une demande d'autorisation à l'inspecteur du travail ? Pas grand-chose en réalité. La dure réalité des statistiques est là pour l'attester puisque 85 % des demandes d'autorisation sont *in fine* satisfaites.

Si certains d'entre eux attendent bien patiemment que le salarié se lasse et quitte l'entreprise c'est qu'ils ont quelques doutes sur l'issue positive d'une demande d'autorisation administrative. Ils préfèrent alors « laisser pourrir » et attendre tranquillement les bras croisés que la juridiction sociale « les dispense » de solliciter une autorisation administrative... en donnant tort au salarié demandeur. Ils sont dès lors malvenus de se plaindre si le juge judiciaire, qui n'est pas compétent pour accorder ou refuser une autorisation, les condamne en fin de compte pour violation du statut protecteur et pour licenciement nul comme indiqué plus haut. La morale est donc sauve... Les effets pervers de la prise d'acte de la rupture du contrat par le salarié protégé ne sont peut-être pas là où on les attendaient !

Reste que si l'on veut éviter absolument les supposés effets pervers, il faut alors réfléchir à des solutions permettant d'éviter le « contournement » de l'autorisation administrative. Or, elles ne sont pas légion dans la mesure où, selon la loi, c'est à l'employeur d'être à l'initiative de l'engagement de la procédure de demande d'autorisation.

(30) Voir sur ce point les développements de P. Waquet, « Coup de vent sur la jurisprudence Perrier », RJS 6/05, Chron. p. 419.

(31) Cass. soc. 5 juil. 2006, *société Féron*, reproduit en annexe 3. Voir dans le même sens s'agissant des salariés non protégés : Cass. Soc. 29 juin 2005, *société Dépannage Côte d'Azur*

Transports, n° 03-42804, bull. n° 223, Dr. Ouv. 2005 p. 533 n. M. Sabatte.

(32) P. Waquet, « Coup de vent sur la jurisprudence Perrier », RJS 6/05, Chron. p. 419.

(33) P. Waquet, art. précité, spéc. p. 420.

La première solution consisterait à permettre à l'employeur de répondre à la prise d'acte du salarié par la saisine immédiate de l'inspecteur du travail en lui demandant l'autorisation de licencier l'intéressé (après consultation des représentants du personnel). L'administration pourrait procéder selon le même mode opératoire que le juge judiciaire en autorisant ou en refusant le licenciement selon que les faits allégués par le salarié apparaîtraient justifiés ou non (ou pour reprendre la terminologie du juge administratif selon que les faits allégués par le salarié sont suffisamment graves ou non). Solution difficilement acceptable sur le plan juridique et sur le plan de l'efficacité du statut protecteur.

Sur le plan juridique d'abord. La Chambre sociale de la Cour de cassation vient de rappeler le 31 octobre 2006 que la prise d'acte par le salarié (non protégé) de la rupture de son contrat de travail met fin à ce dernier (34). A tel point que le licenciement prononcé en réponse par l'employeur est dépourvue d'effet sur la qualification de la rupture (35). Et la jurisprudence administrative a déjà jugé que la rupture étant définitivement acquise, l'administration est tenue de refuser une demande d'autorisation formulée après que le salarié a pris acte de la rupture de son contrat (36) ou si le licenciement a déjà été notifié (37). Sans parler du renversement de la charge de la preuve que cela impliquerait. En effet, cela amènerait l'administration à examiner la demande non pas au regard des griefs allégués par l'employeur, mais au regard de ceux avancés par le salarié (38).

Sur le plan de l'efficacité du statut protecteur ensuite. Ce serait en effet légitimer a priori l'absence de la sanction civile de la nullité de la rupture applicable au licenciement non autorisé à l'égard de l'employeur. Celui-ci aurait dès lors intérêt à attendre que le salarié prenne l'initiative de la rupture. Et pourquoi pas dans la même logique admettre au grand jour que l'employeur et le salarié puissent légalement faire homologuer par l'administration un départ négocié sans que l'inspecteur du travail soit trop regardant... Ce qui là aussi neutraliserait les effets de la nullité attachée au non-respect de l'autorisation administrative nécessairement préalable à la rupture du contrat. Le divorce pour rupture

de la vie commune dans un cas ou pour consentement mutuel dans l'autre mais appliqué aux représentants du personnel. Effets pervers là encore...

La seconde solution, plus radicale, serait, comme le soutient le doyen Waquet, de fermer la voie de la prise d'acte de la rupture de leur contrat ou de la résiliation judiciaire dudit contrat aux représentants du personnel afin d'éradiquer la pratique des départs monnayés de l'entreprise (39). Mais alors, il faut aller au bout de cette logique et interdire tout départ négocié, et par voie de conséquence toute transaction conclue une fois le licenciement notifié, même régulièrement autorisé. On sait en effet que, dans ce dernier cas, la jurisprudence valide la transaction (40). Seule est proscrite la transaction conclue entre le chef d'entreprise et le salarié protégé antérieure à la notification du licenciement même si l'employeur n'a prononcé celui-ci qu'après avoir demandé et obtenu l'autorisation administrative de licenciement (41).

Toute transaction signée par un détenteur d'un mandat représentatif devrait donc être déclarée nulle même dans les hypothèses où elle répondrait aux conditions de validité des transactions. On voit la difficulté d'une telle solution car qu'est-ce qui empêche les deux acteurs d'agir dans l'ombre ? On voit là encore la difficulté pour faire assurer l'efficacité d'une telle interdiction. Sauf à envisager un droit de substitution de l'organisation syndicale à laquelle appartient le salarié qui pourrait saisir le juge pour faire annuler la transaction. Et quels moyens de contrôle des élus sans étiquette qui sont de plus en plus nombreux (42) ? Les choses sont loin d'être simples on le voit.

Tout compte fait, la solution retenue par l'arrêt du 5 juillet 2006, même si elle n'efface pas l'ambiguïté (supposée) attachée à la prise d'acte par le salarié protégé de la rupture de son contrat de travail, traduit finalement un certain équilibre entre la nécessaire sanction de l'employeur pour violation du statut protecteur des représentants du personnel et le risque assumé par le salarié prenant l'initiative de faire trancher par le juge judiciaire la légitimité de la rupture de son contrat de travail. Certes, cela amène le juge judiciaire à empiéter un peu sur la compétence du juge administratif

(34) Cass. soc. 31 oct. 2006, *société Le Trait d'union packaging SARL*, n° 05-42158 P+I et deux autres arrêts rendus le même jour.

(35) Cass. soc. 16 fév. 2005, Mme X..., n° 02-46 649, bull. n° 54.

(36) Cons. Et. 14 juin 1991, *Société Baze*, n° 96326, rec. p. 238

(37) Trib. Adm. Dijon 29 déc. 2005, *Bureau*, n° 03-2161 ; voir P. Lointier, « La prise d'acte de la rupture du contrat d'un salarié protégé devant le juge administratif », RJS 3/06, Chron. p. 197.

(38) Même si l'enquête contradictoire à laquelle est tenue l'inspecteur du travail en application de l'article R. 436-4 du Code du travail devrait remettre quelque peu les choses à l'endroit.

(39) P. Waquet, art. précité, spéc. p. 420.

(40) Cass. soc. 19 mai 1998, *Centre ASS*, n° 96-40461. Il est toutefois heureux que en cas de licenciement sans autorisation, la jurisprudence revienne à une conception plus orthodoxe en considérant en étendant la nullité du licenciement à la nullité de la transaction même postérieure à la notification (Cass. soc. 16 mars 2005, *Home location*, n° 02-45293, RPDS 2005, n° 722, p. 135, comm. L. Milet).

(41) Cass. soc. 10 juill. 2002, *Sté Innotech*, n° 00-40301, bull. n° 249, RPDS 2002.307, comm. L. Milet.

(42) Et les plus autorisés par l'administration ; voir par exemple Ministère de l'Emploi, DARES, Premières Informations n° 2801, juillet 2006.

puisque que le premier est amené à examiner le comportement du salarié et de l'employeur. Mais cela n'est point gênant dans la mesure où la solution retenue par la Chambre sociale permet de sortir de la fausse alternative « soumission du salarié/démission du salarié ».

* **

En conclusion, l'utilisation par le salarié protégé de la prise d'acte s'avère donc une arme rapide mais à double tranchant.

Elle peut se révéler redoutable comme substitut à une demande de réintégration non satisfaite.

Elle peut aussi revêtir une certaine efficacité dès lors que la relation entre le représentant du personnel et l'employeur est parvenu à un état de dégradation tel qu'elle compromette la poursuite des relations de travail et l'exercice du mandat. Mais dans ce cas, l'utilisation par le salarié protégé de la prise d'acte peut se retourner contre lui puisqu'il aura définitivement quitté son emploi.

L'action en résiliation judiciaire est-elle alors préférable dans la mesure où le salarié est toujours contractuellement lié à l'entreprise ? Cela n'est pas certain tant du point de vue du vécu dans l'entreprise du salarié que de l'intérêt de l'organisation syndicale qui l'a présentée ou mandatée (43).

Loin de favoriser un renversement des valeurs, l'on peut même affirmer que la nullité attachée à la violation du statut protecteur comme sanction de la prise d'acte justifiée de la rupture de son contrat par le salarié protégé (ou de la résiliation judiciaire) renforce au contraire le statut. En effet, elle présente l'avantage de ne pas neutraliser les effets de l'acte illicite commis par l'employeur (44) en permettant au salarié protégé de faire respecter les droits attachés à son contrat de travail tout en mettant une limite à la possible (mais rare) instrumentalisation du statut protecteur à son seul bénéfice dès lors que le juge aura estimé que la prise d'acte ne se justifiait pas.

Laurent Milet

(43) Voir sur ce point les développements de J. Mouly, « Coup de vent sur le statut des salariés protégés », Dr. Soc. 2005.861.

(44) Ce qui serait la cas si, comme le souhaitent certains, on retenait la seule sanction de l'absence de cause réelle et

sérieuse de licenciement au prétexte que certains employeurs sont mis devant le fait accompli et empêchés « à l'insu de leur plein gré » de demander légalement une autorisation de licencier à l'administration (voir J.-E. Ray, art. précité).

Annexe

PROTECTION DES REPRESENTANTS DU PERSONNEL – Rupture du contrat de travail – Défaut d'autorisation – Indemnisation (trois espèces) – Licenciement sans autorisation – Refus de réintégration prononcée par voie judiciaire (première espèce) – Prise d'acte à l'initiative du salarié – Appréciation des faits (deuxième et troisième espèce) – Etendue de l'appréciation du juge – Ecrit fixant les limites du litige (non) (troisième espèce).

Première espèce : COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 25 janvier 2006
Sté CIAD contre Luniaud

Attendu que M. Luniaud, VRP de la Compagnie d'Aubeterresur-Dronne (CIAD) qui avait formé une demande d'organisation des élections professionnelles, a été licencié par lettre du 29 janvier 1997 alors que l'employeur avait sollicité une autorisation administrative de licenciement qui a été refusée le 30 janvier 1997 ; que le salarié a demandé en référé à plusieurs reprises sa réintégration qui a été ordonnée en dernier lieu par un arrêt de la Cour d'appel de Caen du 11 février 2002 (statuant sur renvoi d'un arrêt de la Cour de Cassation du 26 juin 2001 ; Bull. Civ. V n° 230) ; que la juridiction prud'homale saisie au fond en septembre 1998 par l'employeur sur le bien fondé du licenciement a prononcé sa nullité ; que l'employeur persistant dans son refus de réintégration, le salarié a pris acte de la rupture du contrat de travail aux torts de l'employeur le 30 avril 2003 ;

Sur le second moyen :

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt attaqué (Rennes, 27 novembre 2003) d'avoir dit que la rupture du contrat de travail intervenue le 30 avril 2003 s'analysait en un licenciement sans cause réelle et sérieuse et d'avoir en conséquence condamné la société à payer à l'intéressé des

sommes à titre d'indemnités de rupture et de dommages-intérêts alors, selon le moyen :

1 / que même si le salarié protégé a été licencié en violation du statut protecteur, il ne saurait postérieurement prendre acte de la rupture de son contrat de travail du fait du refus de l'employeur de le réintégrer ; que, dès lors, en l'espèce, en considérant que M. Luniaud, licencié le 27 janvier 1997, avait pu prendre acte de la rupture de son contrat de travail aux torts de la société CIAD pour refus de le réintégrer et que cette rupture s'analysait comme un licenciement sans cause réelle et sérieuse, la Cour d'appel a violé les articles L. 122-4, L. 122-13 et L. 122-14-3 du Code du travail ;

2 / qu'en toute hypothèse, le salarié qui a demandé sa réintégration a droit au versement d'une indemnité égale au montant de sa rémunération entre son licenciement et sa réintégration ; qu'il ne peut prétendre cumuler ladite indemnité avec des indemnités de rupture ; qu'en allouant à M. Luniaud, qui avait demandé sa réintégration, une indemnité compensatrice de perte de salaire pour la période comprise entre le 30 janvier 1997 et le 30 avril 2003, ainsi qu'une indemnité de préavis, une indemnité spéciale de

rupture et des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, la Cour d'appel a violé les articles L. 425-1, L. 436-1 et L. 122-14-4 du Code du travail ;

Mais attendu que lorsque le salarié a obtenu judiciairement sa réintégration et que l'employeur y fait obstacle, ce dernier est tenu au paiement d'une indemnité égale à la rémunération que le salarié aurait perçue jusqu'à ce que, renonçant à la réintégration, il prenne acte de la rupture de son contrat de travail ; que dans ce cas, le salarié a droit en outre aux

indemnités de rupture de son contrat de travail ainsi qu'à une indemnité pour licenciement illicite au moins égale à celle prévue par l'article L. 122-14-4 du Code du travail ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

Rejette le pourvoi

(M. Sargos, prés. - Mme Morin, rapp. - M. Legoux, av. gén. - SCP de Chaisemartin et Courjon, SCP Gatineau, av.)

Deuxième espèce : COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 5 juillet 2006

Barbot contre société Saman

Sur le moyen unique :

Vu les articles L. 425-1 et L. 436-1 du Code du travail ;

Attendu que, selon l'arrêt attaqué, M. Barbot, engagé par la société Saman depuis le 21 septembre 1992 et titulaire d'un mandat de représentant du personnel, a pris acte, par lettre du 15 avril 2001, de la rupture de son contrat de travail et saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et violation du statut protecteur ;

Attendu que pour rejeter la demande de M. Barbot en paiement de dommages-intérêts pour violation du statut protecteur, la Cour d'appel après avoir retenu que les faits invoqués par le salarié sont imputables à l'employeur et justifie la rupture du contrat de travail qui doit s'analyser en un licenciement sans cause réelle et sérieuse, énonce que le salarié qui a pris l'initiative d'une telle rupture n'a pas permis à son employeur de respecter les dispositions de l'article L. 425-1 du Code du travail et ne peut solliciter une indemnisation pour violation de son statut protecteur ;

Attendu cependant que lorsqu'un salarié titulaire d'un mandat électif ou de représentation prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur, cette rupture produit, soit les effets d'un licenciement nul pour violation du statut protecteur lorsque les faits invoqués par le salarié la justifiaient, soit, dans le cas contraire, les effets d'une démission ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, après avoir retenu que la rupture était imputable à l'employeur, la Cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

Casse et annule, mais seulement en ce qu'elle a débouté M. Barbot de sa demande en paiement de dommages-intérêts pour licenciement intervenu en violation de son statut protecteur, l'arrêt rendu

(M. Sargos, prés. - Mme Andrich, rapp. - M. Duplat, av. gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Me Hemery, av.)

Troisième espèce : COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 5 juillet 2006

Société Feron contre Hernandes

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Reims, 12 novembre 2003), que M. Hernandes, embauché le 24 octobre 1994 en qualité de chauffeur de poids lourd, par la société Feron, a été désigné délégué syndical le 7 mai 1995 ; que par lettre du 13 juin 1998, il a adressé à son employeur, une lettre de rupture du contrat de travail, faisant état de divers manquements de celui-ci puis a saisi la juridiction prud'homale de demandes indemnitaires fondées sur son licenciement et la violation de son statut protecteur ;

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de l'avoir condamnée à verser au salarié diverses sommes au titre de l'indemnité de préavis et de congés payés y afférents, de l'indemnité de licenciement ainsi que des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, alors, selon le moyen, que le juge ne peut, pour considérer que la rupture du contrat de travail produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, se fonder sur d'autres faits que ceux qui étaient reprochés par le salarié à son employeur dans la lettre par laquelle le salarié a pris acte de la rupture de son

contrat de travail ; qu'en se fondant, dès lors, en l'espèce, sur le prétendu non-respect par la société Feron de ses obligations de convocation de M. Hernandes aux réunions du comité d'entreprise et de paiement de ses temps de délégation, quand elle constatait que ce prétendu non-respect n'avait pas été invoqué par le salarié dans sa lettre de démission, la Cour d'appel a violé les articles L. 122-4, L. 122-13 et L. 122-14-3 du Code du travail ;

Mais attendu que l'écrit par lequel le salarié titulaire d'un mandat représentatif prend acte de la rupture du contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur ne fixe pas les limites du litige ; que le juge est tenu d'examiner les manquements de l'employeur invoqués devant lui par ce salarié, même si celui-ci ne les a pas mentionnés dans cet écrit ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

Rejette le pourvoi

(M. Sargos, prés. - Mme Andrich, rapp. - M. Maynial, av. gén. - Me Hemery, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, av.)