

Délégation de pouvoir consentie au salarié et contrat de mandat : quelle articulation dans le domaine des relations de travail ?

par Elise TERNYNCK, Docteure en droit privé, Enseignant-chercheur contractuel, CRDP-Équipe Demogue, Université Lille-2

PLAN

I. Délégation de pouvoir et contrat de mandat : les indices d'un rapprochement

- A. L'exportation des critères d'identification du mandat vers la délégation de pouvoir
- B. La similitude des solutions jurisprudentielles relatives à la validité des mesures

II. Délégation de pouvoir : vers un régime juridique *sui generis* ?

- A. La singularité du contrôle exercé sur la délégation de pouvoir
- B. L'originalité des sanctions attribuées au préposé délégataire

La délégation de pouvoir est plurielle et évolutive. Appréhendée largement par les différents domaines du droit, on lui prête tantôt des inspirations du droit administratif (1), tantôt des influences du droit civil des personnes (2), tantôt des liens consubstantiels avec la matière pénale (3).

En droit du travail, cet outil, à la portée pratique considérable, n'a jamais fait l'objet d'une reconnaissance légale explicite (4). Construite depuis le début du XX^{ème} siècle par la jurisprudence de la Chambre criminelle (5), la délégation de pouvoir renvoie à des réalités très diverses, parmi lesquelles celles du responsable des ressources humaines, chargé de recruter, d'encadrer et de gérer le personnel (6), du chargé d'affaires dans le domaine du bâtiment, qui doit signer les contrats clients, assurer le suivi technique et la bonne exécution de la prestation (7), ou du gérant de restaurant, détenant le pouvoir d'organiser le travail et d'assurer le respect des règles d'hygiène et de sécurité (8).

L'utilité concrète et l'omniprésence de la délégation de pouvoir dans les prétoires, en qualité de « moyen

péremptoire de défense de l'employeur » (9), contrastent avec son absence de définition dans le

(1) La délégation de pouvoir permet la décentralisation des pouvoirs de l'État à une autorité délégataire : CE 2 déc. 1892, S. 1894, III, 97.

(2) Le mécanisme se rapprochant le plus de la délégation de pouvoir en droit du travail est la délégation de l'autorité parentale prévue à l'article 376 du Code civil. La Chambre civile a très tôt consacré l'expression « *délégation de pouvoirs de puissance paternelle au profit d'autrui* » : Cass. Civ. 1^{ère}, 18 juil. 1972, n°70-10.455. En revanche, elle se distingue nettement de la délégation de créance en droit des obligations définie à l'article 1276 du Code civil : Cass. Com. 14 déc. 1993, n°93-10.696.

(3) Elle serait avant tout une cause de transfert de la responsabilité pénale du délégant au délégataire : Cass. Crim. 26 juin 2001, Bull. crim., n°161. L'article 121-3 al. 3 du Code pénal a une portée beaucoup plus large que la responsabilité du délégataire puisqu'il consacre la responsabilité pénale pour les faits d'imprudence ou de négligence. Cette absence de clarté et de précision terminologiques interroge quant à la conformité de cette notion de droit pénal du travail avec le principe de la légalité des délits et des peines.

(4) La délégation de pouvoir ne fait l'objet d'aucune définition générale dans le Code du travail. Le mot délégation y est d'ailleurs employé essentiellement dans un sens collectif. Il vise l'exercice du droit syndical et la capacité des organisations syndicales à représenter les salariés (ex : heures de délégation prévues par l'article L.2141-5 ; délégation du personnel des articles L.2232-21 et suivants, etc.). Dans le sens d'acte de délégation, on lui reconnaît une légalité implicite et spéciale : l'article L.4741-1 du Code du travail vise la responsabilité du délégataire en cas de manquement aux règles de santé et de sécurité. La délégation de pouvoir est toujours rattachée à un domaine précis du droit du travail, comme le bâtiment et le génie civil : l'article L.4531-2 du Code du travail vise la prévention des risques liés à certaines opérations ; l'article R.4511-9 du Code du travail à propos de travaux réalisés dans un établissement par

une entreprise extérieure. L'article L.1253-15 du Code du travail vise expressément la délégation de pouvoir, mais n'en donne aucune définition et a pour unique finalité de consacrer l'égalité entre les salariés titulaires d'un contrat de travail temporaire et les salariés permanents de l'entreprise utilisatrice : « *Un salarié mis à disposition par un groupement d'employeurs peut bénéficier d'une délégation de pouvoir du chef d'entreprise de l'entreprise utilisatrice dans les mêmes conditions qu'un salarié de cette entreprise* ».

(5) La délégation de pouvoir est très tôt reconnue comme une cause exonératoire de responsabilité pénale de l'employeur : Cass. 28 juin 1902, DP 1903, I, 585 ; Cass. Crim. 22 avr. 1966, n°65-91.789 ; Cass. Crim. 21 févr. 1968, n°67-92.381 ; Cass. Crim. 13 nov. 1968, n°68-92.659 ; Cass. Crim. 11 mars 1993, n°91-80.598, n°92-80.773, n°91-83.655, n°91-80.958 et n°90-84.931. Depuis ces cinq arrêts de principe, le domaine du transfert de responsabilité est étendu à l'ensemble des actes juridiques. La Chambre criminelle a posé les jalons du régime de la délégation de pouvoir en précisant les conditions de sa validité et le régime de la preuve de la délégation de pouvoir.

(6) Cass. Soc. 23 sept. 2009, n°07-44.200, Dr. Ouv. 2010 p.21.

(7) Cass. Soc. 23 sept. 2015, n°14-15.388.

(8) Cass. Soc. 16 avril 2008, n°07-60.382.

(9) Selon les termes de la Cour de cassation, la délégation de pouvoir est un moyen de défense. « *Il appartient aux juges du second degré d'en apprécier la valeur si elle est invoquée en cause d'appel* » : Cass. Crim. 5 janv. 1993, n°92-81.918 ; Cass. Crim. 1^{ère} déc. 1992, n°89-82.689 : même produit tardivement, le moyen tiré de la délégation de pouvoir constitue une défense au fond et non une exception préjudicielle et est donc recevable par la Cour d'appel. Auparavant, la délégation de pouvoir pour cause d'appel était irrecevable car jugée tardive : Cass. Crim. 13 janv. 1991, n°90-81.544.

Code du travail et le peu d'engouement de la doctrine sociale pour le sujet (10). Envisagée sous un aspect essentiellement fonctionnel (11), la délégation de pouvoir n'est que rarement analysée sous une approche globale qui chercherait à dresser les grands axes de son régime juridique et à déterminer ses points de divergence avec les autres mécanismes juridiques de représentation. On se résout à envisager la délégation de pouvoir comme une notion jurisprudentielle « *fuyante* » (12), en quête d'identité. Expressément reconnue dans les différentes conventions collectives (13), elle n'apparaîtrait qu'en filigrane dans les discours judiciaires, se révélant ainsi insaisissable.

En contrepoint, la force attractive de la notion de mandat s'étend jusqu'au droit du travail (14). Ce constat n'est guère surprenant en raison de la définition extensive attribuée au contrat de mandat et de sa propension naturelle à régir de nouvelles relations contractuelles (15). Opération ancienne (16), définie à l'article 1984 du Code civil dans des termes très larges comme « *l'acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom* », le contrat de mandat

occupe une place centrale dans le débat doctrinal en ce qu'il se montre « *indispensable au développement des relations humaines* » (17). Des auteurs soutiennent même que le mandat serait une figure de modernité et d'adaptabilité (18). Devenu un important contrat d'affaires, il se renouvelle sans cesse et se déploie sous de multiples aspects. Ce « *phénomène d'arborescence* » (19) s'illustre par la création de régimes spéciaux propres à certains mandats (20) venant compléter le régime de droit commun existant.

La délégation de pouvoir est, quant à elle, définie comme un acte juridique général par lequel un délégant habilite un délégataire à exercer un pouvoir (21). La situation du salarié investi d'une délégation de pouvoir peut alors être comparée à celle du mandataire, dans la mesure où il exécute un travail rémunéré, incluant l'exercice d'actes juridiques et matériels, pour le compte de l'employeur. Le contrat de mandat, comme la délégation de pouvoir, seraient deux prestations de services dont les modalités d'exercice diffèrent.

Au regard de la vocation extensive et de la cohérence juridique dont bénéficie le contrat de mandat face à

(10) La raison de cette absence d'analyse réside essentiellement dans l'intérêt plus aiguïssé de la doctrine pour le mandat. Parmi les auteurs qui ont écrit sur la délégation de pouvoir en droit du travail : J. Pélessier, G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, 26^{ème} éd., 2012, n° 666 ; A. Coeuret, « Les responsabilités assumées par le salarié, source d'indépendance ? », in *Les frontières du salariat*, Dalloz, 1996, pp. 243-263 ; A. Coeuret, F. Duquesne, « Les licenciements dans la SAS : fin d'une controverse et ébauche d'une théorie du pouvoir délégué », *Dr. Soc.* 2011, 382 ; B. Boubli, « La délégation de pouvoir depuis la loi du 6 décembre 1976 », *Dr. Soc.* 1977, p. 82, n° 25.

(11) On observe la concentration de l'attention des juristes sur ses effets, principalement sur l'irresponsabilité pénale : H. Matsopoulou, « Délégation. Les effets d'une délégation de pouvoirs valable », *La Semaine Juridique*, éd. G., n° 9, 2 mars 2015, doct. 275 ; A. Beziz-Ayache, « Délégation de pouvoir et responsabilité du préposé », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, juin 2004.

On dresse un constat identique s'agissant de la jurisprudence : dans les années 2000, seul un arrêt de la Chambre sociale sur le sujet était commenté en matière sociale : *Cass. Soc.* 21 nov. 2000, n° 98-45.420 : « un salarié titulaire d'une délégation de pouvoirs en matière de sécurité du travail ne peut se voir reprocher une faute dans l'accomplissement de la mission d'organisation et de surveillance qui lui a été confiée lorsque le chef d'entreprise ou l'un de ses supérieurs hiérarchiques s'immisce dans le déroulement des tâches en rapport avec cette mission, supprimant ainsi l'autonomie d'initiative inhérente à toute délégation effective ». Dans une espèce précédente, dans laquelle un salarié avait été victime d'un accident de travail, la Chambre sociale avait refusé de se fonder sur la délégation tacite de pouvoir de l'employeur à l'adjoint du chef mécanicien et avait condamné l'employeur au titre de sa responsabilité du fait du préposé : *Cass. Soc.* 17 janv. 1991, n° 89-13.061.

(12) M. Mekki, « La distinction entre acte juridique et acte matériel à l'aune du contrat de mandat », in *Le mandat en question*, dir. B. Rémy, Bruylant, pp. 13-32.

(13) Selon l'article 2 de l'avenant à la convention collective des magasins à succursales de vente au détail de l'habillement du 30 juin 1972 « sont considérés comme cadres les collaborateurs possédant une formation technique, administrative, juridique, commerciale ou financière constatée généralement par un

diplôme ou acquise par l'expérience personnelle, ou reconnue équivalente ; ils exercent par délégation de l'employeur un commandement sur les collaborateurs de toute nature ».

(14) Les auteurs civilistes ont très tôt réglé la question de la qualification de la délégation de pouvoir en l'assimilant au mandat : R. Demogue, *Traité des obligations en général*, I, *Sources des obligations*, t. I, Paris, A. Rousseau, 1923, n° 89 ; G. Ripert, R. Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial*, t. I, vol. 2, *Les sociétés commerciales...*, n° 1681, A. Seriaux, *Les contrats civils*, PUF, 2001, n° 133. En droit de l'entreprise, les auteurs admettent majoritairement que la délégation de pouvoir peut être analysée comme un mandat : N. Ferrier, *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, Litec, 2005, n° 62 ; M. Cozian, A. Via Ndir, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, Litec, 23^{ème} éd., 2010, n° 271. Défendant la thèse contraire : F. Marmoz, *La délégation de pouvoir*, Litec, 2000, n° 13 et s.

(15) Le législateur a qualifié de nombreux liens contractuels de la sorte : par exemple la lettre de change, selon l'ancien article 110 du Code du commerce abrogé par la loi du 21 décembre 2000, devait contenir « *le mandat pur et simple de payer une somme déterminée* ».

(16) Ph. Petel, *Les obligations du mandataire*, Litec, 1988, n° 1 ; J. Valery, *Des caractères distinctifs du contrat de mandat dans le Code civil*, Thèse Aix-en-Provence, 1846.

(17) P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *Droit civil-Contrats spéciaux*, LexisNexis, 7^{ème} éd., 2013, n° 463.

(18) Le contrat de mandat est à l'origine un contrat à titre gratuit, conçu comme un service rendu à un ami, qui regroupe désormais diverses réalités juridiques que les auteurs se sont attachés à classifier : Ph. Le Tourneau, « De l'évolution du mandat », *D.* 1992, chron. p. 157.

(19) B. Oppetit, « Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain », *Mélanges dédiés à D. Holleaux*, Litec, 1990, pp. 317 et s.

(20) Cf. les nouveaux statuts professionnels spécifiques comme ceux des agents immobiliers et gérants d'immeubles, agents de voyages, agents de publicités, etc. : P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *op. cit.*, n° 464.

(21) N. Ferrier, *ibid.*

l'ambiguïté juridique régnant autour de la délégation de pouvoir, se pose la question de savoir si la différence de qualifications juridiques mandat/délégation de pouvoir se justifie réellement en droit du travail.

Cette question se pose avec d'autant plus d'acuité qu'en droit du travail, le domaine concret de la délégation de pouvoir s'étend progressivement. La fraction du personnel encadrant qui se partage le pouvoir de gestion de l'entreprise augmente de manière constante (22). Entre le dirigeant non titulaire d'un contrat de travail et les salariés exécutants existe une catégorie intermédiaire de salariés accomplissant des tâches de direction (23). Titulaires d'une mission d'autorité, ces derniers remplissent leurs fonctions dans des conditions regroupant initiative de décision, autonomie de gestion et responsabilités. Cette indépendance fonctionnelle et juridique s'illustre par le fait qu'ils choisissent leurs collaborateurs, organisent leur temps de travail, signent les lettres de licenciement, etc. En parallèle, le Professeur N. Ferrier a démontré qu'un mouvement de déconcentration des décisions pour remédier à la complexification de l'organisation de l'entreprise (24) est en marche dans l'ensemble des strates de l'entreprise (25). Ce phénomène atteint son paroxysme dans le modèle émergent de « l'entreprise libérée » (26), offrant à chaque salarié, quelle que soit sa qualification, plus d'autonomie dans la réalisation de sa mission, mais également plus de responsabilités, dans la limite de sa subordination juridique et sans prendre en considération l'effet d'assujettissement résultant des processus d'(auto)évaluation.

Le terrain de recherche s'est enrichi progressivement en raison de la démarche prolifique adoptée récemment par la Chambre sociale (27). Elle a initié le projet ambitieux de définir le contenu et de tracer

les contours juridiques des « principes généraux du droit applicables en matière de délégation de pouvoirs » (28). Les juges du contrat de travail ont ainsi progressivement rompu leur mutisme pour offrir à la délégation de pouvoir une place originale dans l'architecture juridique des relations de travail.

Ce nouvel élan prétorien représente un réel intérêt scientifique car il favorise l'approche comparatiste des régimes respectifs du mandat et de la délégation de pouvoir. De cette comparaison des régimes résulterait l'intérêt, ou non, d'inclure la délégation de pouvoir dans la qualification juridique du contrat de mandat.

L'idée d'une possible convergence des régimes du mandat et de la délégation de pouvoir paraît de prime abord surprenante, autant que celle d'une fusion des qualifications. On aurait tendance à les réfuter (29), compte tenu de la singularité du droit du travail, défini comme un « droit anthropologique » (30) et construit autour d'un déséquilibre contractuel. Toutefois, le recensement et l'analyse des sources prétoriennes démontrent que l'évolution jurisprudentielle de la notion de délégation de pouvoir conduit à un rapprochement indéniable avec le régime du mandat (I.). Mais proximité ne signifie pas identité. L'imperfection du rapprochement de ces deux régimes se mesure aussi bien au périmètre conféré à la délégation de pouvoir en droit du travail qu'à ses effets juridiques, bien distincts de ceux du mandat. Cette distinction effective des deux régimes laisse apparaître les contours d'un régime juridique *sui generis* de la délégation de pouvoir (II.).

(22) Selon l'étude menée par l'INSEE, la part des cadres au sein du pôle urbain a connu une hausse de plus de 3 % en 10 ans. L'analyse prospective de la DARES montre, quant à elle, que « la part des métiers occupés par des cadres ou des professions intermédiaires pourrait passer de 39,0 % de l'emploi total en 2010 à 40,6 % en 2020 » : DARES Analyses, publication de la direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques, mars 2012, n° 022.

(23) N. Ferrier, op. cit., p. 3.

(24) La délégation de pouvoir constituerait pour l'auteur « une technique conventionnelle d'organisation de l'entreprise » : N. Ferrier, op. cit., p. 3. À titre d'illustration du caractère fonctionnel de la délégation de pouvoir : l'article D. 3171-2 du Code du travail prévoit que « L'horaire collectif est daté et signé par l'employeur ou, sous la responsabilité de celui-ci, par la personne à laquelle il a délégué ses pouvoirs à cet effet ».

(25) V. également : S. Blanche, S. Vernac, *Nouvelles formes de gouvernance et de société : Pour une réhabilitation de l'objet social*, HAL 2015.

(26) « L'entreprise libérée fait des émules en France », *Journal Le Monde*, 27 mai 2014.

(27) La majorité des arrêts sur la délégation de pouvoir, rendus par la chambre Sociale, se situent après l'année 2000 : 420 exactement sur 547 au total, ce qui prouve que cette notion est au cœur du débat judiciaire actuel. Parmi les derniers arrêts en date : Cass. Soc. 30 juin 2015, n° 13-28.146. La délégation de pouvoir a été saisie pour la première fois par la Chambre sociale en 1960 : Cass. Soc. 25 nov. 1960, publié au bulletin.

(28) Cass. Soc. 13 mai 2008, n° 07-40.002.

(29) A. Coeuret, « Les responsabilités assumées par le salarié, source d'indépendance ? », in *Les frontières du salariat*, Dalloz, 1996, pp. 243-263.

(30) Selon la célèbre acception de Ripert, c'est « la personne humaine qui est en réalité l'objet du contrat en même temps qu'elle en est le sujet » : G. Ripert et P. Boulanger, *Traité de droit civil*, vol. I, LGDJ, Paris, 1956. Dupeyrou soutient également cette idée : « là où le droit civil n'aperçoit que des contractants anonymes, (le droit du travail) voit, lui, un employeur et un travailleur » : J.-J. Dupeyrou, « Avant-propos - Droit civil et droit du travail : l'impasse », Dr. Soc. mai 1988, n° 5, pp. 371-373.

I. Délégation de pouvoir et contrat de mandat : les indices d'un rapprochement

De manière rassurante, la Cour de cassation trouve dans les règles du mandat, ancien contrat civil ayant fait ses preuves pratiques, la clé de ses incertitudes juridiques. On observe l'analogie des solutions jurisprudentielles relatives au mandat et à la délégation de pouvoir. En effet, l'analyse des sources prétoriennes montre que les indices permettant d'assimiler la situation du salarié investi d'une délégation de pouvoir à celle du mandataire sont nombreux (31). Le schéma auquel obéit la délégation de pouvoir fait écho à celui du mandat au regard de plusieurs éléments : les critères d'identification et les règles de validité. Ainsi, le rapprochement des régimes de la délégation de pouvoir et du mandat s'illustre autant par l'exportation des critères d'identification du mandat vers la délégation de pouvoir (A.) que par la similitude des solutions jurisprudentielles relatives à la validité de ces mesures (B.).

A. L'exportation des critères d'identification du mandat vers la délégation de pouvoir

Selon une jurisprudence constante depuis 1886, « le caractère essentiel [du contrat de mandat] consiste dans le pouvoir donné au mandataire de représenter le mandant » (32). La construction de la notion de mandat repose ainsi sur deux critères indissociables : l'attribution d'un pouvoir (1.) et la représentation (33) (2.). Afin d'étudier l'analogie apparente des régimes du contrat de mandat et de la délégation de pouvoir, il est nécessaire de procéder à l'identification de ces critères dans la réalité de la délégation de pouvoir en droit du travail.

1. L'attribution d'un pouvoir

Ses origines remontent au droit romain, mais la construction de la notion de mandat a connu une importante évolution dans le droit positif (34). La doctrine classique a précisé la définition du contrat de mandat par l'acception suivante : « le contrat

par lequel une personne, le mandant, donne à une autre, mandataire, le pouvoir d'accomplir des actes juridiques en son nom et pour son compte » (35). La possibilité d'accomplir des actes juridiques, telles que la conclusion d'un contrat ou la signature d'actes unilatéraux (formuler une demande en justice, donner un congé, etc.), distingue ainsi le mandat du contrat d'entreprise, dont l'objet porterait exclusivement sur l'accomplissement d'actes matériels (36). Sans ce pouvoir d'accomplir un acte juridique, la personne ne peut être qualifiée de mandataire.

La doctrine a mis en évidence la fragilité de ce critère et la confusion indéniable entre la catégorie des actes juridiques et celle des actes matériels, l'acte juridique pouvant parfois être décrit comme l'aboutissement d'une succession d'actes matériels (37). Or, à la lecture de l'article 1984 du Code civil, c'est l'étendue du pouvoir confié au mandataire qui est déterminante et non l'acte qu'il sera amené à effectuer en vertu de ce pouvoir.

On retiendra donc que l'exercice d'actes matériels, tant qu'ils peuvent être considérés comme accessoires de l'acte juridique, n'exclut pas la qualification de mandat et que le mandat peut être défini succinctement comme l'accord de volonté en vertu duquel une personne, appelée mandant, donne pouvoir à une autre, appelée mandataire, d'accomplir auprès d'autrui un acte à son bénéfice. Par pouvoir, il serait entendu « la prérogative finalisée que son titulaire a reçu mission d'exercer dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien » (38).

La jurisprudence sociale a intégré ce critère pour construire la notion de délégation de pouvoir. L'utilisation expresse du mot « pouvoir » dans l'acception « délégation de pouvoir » témoigne, par ce choix terminologique, de la volonté des juges de faire du pouvoir un critère prépondérant.

Le pouvoir que lui attribue l'employeur est une prérogative que le préposé délégataire doit exercer

(31) Alors que certains chercheurs ont opté pour la démarche inverse, en descendant les indices du contrat de travail dans les contrats de mandat, il est préféré le recensement des critères du mandat dans la jurisprudence civile et sociale relative à la délégation de pouvoir : N. Dissaux, « Mandat et contrat de travail », in *Le mandat. Un contrat en crise ?*, dir. N. Dissaux, Economica, 2011, pp. 49-65 ; M. Le Bescond de Coatpont, *Les intermédiaires de la distribution. Étude de droit français, belge et européen*, thèse Université Lille Nord de France, 2015, n° 157 et s.

(32) Cass. Civ. 14 avr. 1886, DP 1886. 1. 220.

(33) Ph. Le Tourneau, « Le mandat », Répertoire de droit civil Dalloz, 2011.

(34) La vision d'un « petit contrat », doté de peu d'importance et conclu à titre amical, est complètement obsolète. La professionnalisation du mandat est désormais achevée : Le Bras (L.), *L'évolution générale du procureur en droit romain, des origines au III^{ème} siècle*, Paris, 1922 ; Ph. Le Tourneau, *id.*

(35) Ph. Malaurie, L. Aynes, P.-Y. Gautier, op. cit., n° 530.

(36) Cass. Civ. 1^{ère}, 19 fév. 1968, JCP G. 1968, II, 15490.

(37) M. Mekki, *ibid.*

(38) G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10^{ème} éd., PUF, 2014. V. pour une étude approfondie de la notion de pouvoir : E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, 1985 ; P. Lokiec, *Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Paris, LGDJ, 2004.

dans les limites de l'investiture reçue et dans l'intérêt de l'entreprise. Ce pouvoir se différencie des actes qu'il effectue pour remplir la mission qui lui a été confiée par le délégant. Prenons pour exemple un chef d'agence titulaire du pouvoir de recruter les salariés et de gérer le personnel. En vertu de cette délégation de pouvoir, il lui incombe de réaliser des actes matériels et juridiques comme vérifier l'identité des futurs salariés, signer les contrats de travail ou procéder au licenciement suivant la procédure prévue par le Code du travail (39).

Comme pour le mandat, le degré d'importance du pouvoir confié au salarié est décisif pour distinguer la délégation de pouvoir de la simple délégation de signature. La Chambre commerciale de rappeler, dans un arrêt en date du 26 juin 2007, que la délégation des pouvoirs financiers de l'employeur aurait été effective si le salarié avait été chargé de négocier personnellement les délais de paiement de la dette fiscale et de suivre personnellement tous les stades des procédures de vérification et de redressement dont avait fait l'objet la société (40).

En matière pénale, le chef d'entreprise n'a pas à répondre personnellement des actes délictueux s'il rapporte la preuve qu'il a délégué ses pouvoirs à une personne pourvue de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires (41). La qualité du salarié, membre du personnel encadrant ou technicien, ne représente pas un critère déterminant pour admettre la délégation de pouvoir et permettre l'exonération de la responsabilité de l'employeur dans un secteur déterminé. Un agent de maîtrise, responsable du contrôle qualité, peut voir sa seule responsabilité engagée lorsque l'acte est en rapport avec ses fonctions (42). De même, un technicien chargé de l'analyse de la pollution des cours d'eau est jugé responsable à la place du chef d'entreprise si l'entreprise ne respecte pas la réglementation administrative (43). Cette pratique est très fréquente dans le domaine du bâtiment et du génie civil où l'employeur, incapable de contrôler la mise en œuvre de l'ensemble de ses chantiers, délègue l'obser-

vation des règles d'hygiène et de sécurité au chef de chantier (44). Pour exécuter sa mission, ce dernier devra exercer des actes matériels comme fournir un casque à chaque ouvrier ou rappeler les obligations de chacun, mais également signer des bons de commande, recruter des intérimaires spécialisés, etc. En revanche, la Chambre criminelle a affirmé, le 25 janvier 2000, que le chef de dépôt qui perçoit un salaire modeste et passe commande des matériaux et travaux d'entretien, mais ne règle pas les factures et ne dispose, pour l'embauche de ses collègues, que d'un mandat de présélection, n'est pas investi d'une délégation de pouvoir (45). Plus récemment, la Haute juridiction a décidé qu'une délégation de pouvoir relative à l'accomplissement d'actes de relations, discussions, recherches d'informations, voire de conseils, et qui n'entretient pas de lien avec la responsabilité juridique des violations des règles comptables et des autres obligations juridiques, n'a pas de valeur effective (46).

Ainsi, pour que la délégation de pouvoir soit valable, l'importance du pouvoir conféré doit être significative. Si l'étendue de ce pouvoir reste soumise à l'interprétation souveraine des juges du fond en fonction de la mission globale du délégataire, on observe que les actes d'organisation comme les actes d'embauche, de facturation, de rédaction de notes de service ou ceux qui entraînent la délivrance de sanctions et d'avertissements sont jugés suffisants pour engager la responsabilité du délégataire.

En revanche, la durée de la délégation de pouvoir importe peu, celle-ci emporte des effets juridiques même lorsqu'elle est limitée à une journée par semaine (47) ou à un acte juridique ponctuel. C'est le cas lorsque le salarié se voit attribuer le pouvoir d'organiser et de fixer la période de congés payés de l'ensemble des salariés (48), signe un contrat de maintenance (49), représente la société lors de la conclusion d'un acte de vente unique (50), représente l'entreprise en justice (51) ou est investi du recrutement ponctuel du personnel (52).

(39) Cass. Soc. 25 nov. 2015, n° 14-20.764.

(40) « *La simple délégation de signature des pièces comptables ou des déclarations fiscales n'exonère pas le directeur administratif de ses obligations inhérentes à son pouvoir de contrôle et de surveillance* » : Cass. Com. 26 juin 2007, n° 06-15.867.

(41) Cass. Crim. 11 mars 1993, n° 91-80.598 ; n° 92-80.773, n° 91-83.655, n° 91-80.958 et n° 90-84.931.

(42) Cass. Crim. 13 juin 2006, n° 05-87.231.

(43) Cass. Crim. 14 févr. 1973, n° 71-91.756.

(44) Cass. Crim. 21 févr. 1968, n° 67-92.381.

(45) Cass. Crim. 25 janv. 2000, n° 97-86.355, RJS 5/00, n° 542 ; rapp. Cass. Crim. 8 sept 2015, n° 14-83.053, Dr. Ouv. 2016 p. 30.

(46) Cass. Crim. 23 mai 2007, n° 06-87.590.

(47) Cass. Crim. 25 avr. 2006, n° 05-84.239.

(48) Cass. Soc. 19 déc. 1991, n° 90-46.116.

(49) CA Montpellier 8 sept. 2015, n° 13/07730.

(50) Cass. Crim. 12 déc. 1992, n° 90-87.170.

(51) Cass. Soc. 17 juin 2009, n° 08-60.425 : « *L'article 2 de la délégation de pouvoirs donnée le 29 janvier 2008 à M. Y... « en matière de réglementation du travail » lui déléguait les « pouvoirs nécessaires pour représenter l'établissement auprès des partenaires sociaux, représentants du personnel, délégués et syndicats, comité d'établissement » et pour « représenter et concilier, le cas échéant devant le conseil de prud'hommes ou toute instance compétente », ce dont il résulte qu'il était responsable de l'organisation des élections et du respect du droit syndical au sein de l'établissement, et avait de ce fait le pouvoir de saisir le tribunal d'instance d'un litige relatif à la désignation d'un délégué syndical au sein de l'établissement* ».

(52) Cass. Crim. 10 janv. 1963, n° 62-91.111.

À côté de ce critère partagé de pouvoir effectif, délégation de pouvoir et mandat répondent tous deux du mécanisme de la représentation.

2. La représentation

Dans sa formulation, l'article 1984 du Code civil fait du mandat un contrat représentatif (53). Hormis quelques dissidents, qui lui préfèrent la volonté d'agir pour autrui (54), la doctrine civiliste considère que la représentation est un élément essentiel du mandat (55). La jurisprudence statue également dans ce sens depuis 1886 (56).

La représentation désigne le fait d'agir au nom, à la place et pour le compte d'autrui, en vertu d'un pouvoir conféré par convention, décision de justice, ou bien par la loi. « *Un mandataire n'agit jamais en son nom propre, in nomine proprio (ou il n'est plus mandataire) : il agit in contemplatione domini, au nom du mandant (et pour le compte de celui-ci)* » (57). Des auteurs contemporains ont toutefois soutenu l'existence du mandat en dehors de toute représentation (58). Le Professeur T. Genicon a levé ce doute en démontrant que le mandat peut se concevoir sans une représentation voulue par les parties, mais qu'il est impossible que le mandat n'ait aucun effet de représentation, aussi modeste soit-il (59). La représentation se définit alors, en droit des obligations, comme une technique juridique au service de l'exécution du mandat, dont les effets juridiques ne se produisent pas chez le mandataire, mais directement chez le mandant (60).

La finalité principale de la délégation de pouvoir est d'assurer la représentation conventionnelle de l'employeur par le salarié dans les relations de travail. Pour la doctrine, le salarié serait, par essence, le représentant de l'employeur, une sorte d' « *extension économique du corps de l'employeur* » (61). La Chambre sociale demande d'ailleurs que le salarié délégataire ne soit pas un tiers à l'entreprise (62). Le lien consubstantiel qui lie la représentation à la qualité de salarié se justifie, selon le Professeur J.-F. Cesaro, par l'existence même du lien de subordination : « *l'obligation de subordination permet à l'employeur de se greffer une multitude de compétences et d'activités qui constituent autant de démultiplication de lui-même et augmentent son efficacité économique* » (63). Cette technique juridique répond ainsi à un besoin organisationnel de l'entreprise (64). L'incapacité de fait de l'employeur, personne morale, d'exercer les pouvoirs qui lui sont conférés nécessite, outre l'existence de mandataires sociaux, l'intervention des salariés, membres de cette entreprise (65). Seule une personne physique habilitée à le représenter, c'est-à-dire à agir en son nom et pour son propre compte, peut accomplir des actes juridiques et matériels (66) dont les effets se produiront dans le giron de l'employeur (67). La délégation de pouvoir se justifie ainsi par le fait que « *le chef d'entreprise se trouve placé à la tête d'une structure dont les caractéristiques organisationnelles – de nature productive ou géographique – ne l'autorise point à veiller personnellement au respect de la réglementation relative à l'hygiène et à la sécurité de son entreprise* » (68).

(53) Ph. Le Tourneau, *Id.*

(54) Aubry et Rau, *Droit civil français*, t. 6, 7^{ème} éd., Litec, n° 164 ; A. Bénabent, *Les contrats spéciaux, civils et commerciaux*, 9^{ème} éd., 2011, Montchrestien, n° 631 ; B. Mallet-Bricout, *La substitution de mandataire*, thèse, Paris II, 1998, éd. Panthéon-Assas, 2000, n°s 775, 789 s. ; N. Dissaux, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 243 et s.

(55) Ph. Le Tourneau, « De l'évolution du mandat », D. 1992, p. 157.

(56) Cass. Civ. 14 avr. 1886, DP 1886. 1. 220.

(57) Ph. Le Tourneau, « Le mandat », Répertoire de droit civil Dalloz, 2011.

(58) Sur l'autonomie du régime de la représentation par rapport au mandat : Ph. Didier, *De la représentation en droit privé*, LGDJ, 2000, n° 145 et s. V. également la théorie du mandat apparent : Ph. Le Tourneau, « Le mandat », Répertoire de droit civil Dalloz, 2011.

(59) T. Genicon, « Mandat et représentation », in *Le mandat en question*, dir. B. Rémy, pp. 33-67.

(60) T. Genicon, *Id.* p. 34.

(61) J.-F. Cesaro, « La subordination », in *Les notions fondamentales du droit du travail*, dir. B. Teysse, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2009, pp. 129 et s., spéc. p. 141.

(62) L'employeur ne peut se prévaloir d'une délégation de pouvoir faite à un bureau d'études externe à l'entreprise : Cass. Crim. 12 déc. 1989, n°89-81.074, RJS 1/90, n° 3 ; Cass. Soc. 5 mars 2008, n°06-60.125. La question se pose avec beaucoup d'intérêt pour les groupes de sociétés. À ce propos, la jurisprudence admet que le salarié appartienne à la même entité juridique, qu'il s'agisse de la société-mère ou de la société filiale : Cass. Soc. 30 juin 2015, n° 13-28.146.

(63) J.-F. Cesaro, *ibid.* p. 141.

(64) N. Ferrier, loc.cit.

(65) Monsieur Marmoz établit dans sa thèse que la structure du mandat est bipartite car elle met en présence deux parties à un acte juridique, alors qu'en droit du travail, la délégation de pouvoir est généralement tripartite : la personne morale, le chef d'entreprise, le salarié délégataire. Ce constat est vérifiable sauf lorsque la personne morale, l'employeur, se confond avec la personne physique titulaire du pouvoir de direction, le chef d'entreprise : F. Marmoz, op. cit., n° 13 et s.

(66) Pour exemple, l'article L.1231-1 du Code du travail énonce que « *le contrat de travail à durée déterminée peut être rompu à l'initiative de l'employeur ou du salarié* ». Si le salarié est une personne physique, l'employeur est souvent une personne morale qui « *pour être juridiquement titulaire de ce pouvoir n'est pas en mesure de le mettre en œuvre* » : G. Auzero, « Associations et autres personnes morales : la délicate question de la délégation du pouvoir de licencier », Lexbase Hebdo éd. Privée n° 409 du 23 sept. 2010.

(67) Les auteurs relèvent à ce propos le paradoxe existant entre la nécessité quasi-constante d'une représentation de l'employeur et l'absence de détermination de ses modalités d'exercice dans le Code du travail, qui se borne à viser « l'employeur », telle une entité abstraite omnipotente : J. Pélissier, G. Auzero, E. Dockès, op. cit., n° 673.

(68) P. Catala, « Notion de délégation : formes, conditions, limites et cas », in *La responsabilité pénale du fait de l'entreprise*, 1977, Masson, pp. 119 et s., spéc. p. 123 ; M. Segonds, Répertoire droit du travail, Dalloz, avr. 2014.

En matière pénale, il est largement retenu que la délégation de pouvoir est un mode de représentation et le salarié délégataire un représentant susceptible d'engager la responsabilité pénale de la personne morale, au sens de l'article 121-2 du Code pénal, en cas de manquement à la législation du travail (69).

La mise en œuvre du mécanisme de représentation est autorisée aux représentants de toutes les sociétés, y compris des SAS. Dans un arrêt en date du 19 novembre 2010, la Chambre mixte a levé les incertitudes autour de l'interprétation du texte de l'article L. 227-6 du Code de commerce et consacré la possibilité, pour les représentants légaux d'une SAS, de déléguer le pouvoir d'effectuer des actes déterminés, comme embaucher ou licencier des salariés (70). Cette autorisation se fonde sur la nature fonctionnelle de la délégation de pouvoir, dont le rôle est d'assurer le bon fonctionnement interne de l'entreprise. Pour mettre en évidence l'utilité de ce mécanisme, la jurisprudence a considéré que, dans le cas d'une complexité structurelle importante de l'entreprise, l'absence de délégation de pouvoir constitue une faute personnelle de l'employeur (71), comme peuvent l'être la longue période laissée entre le départ du délégataire et son successeur (72) ou le manque de contrôle et de surveillance dans une grande entreprise (73). La prestation de travail, objet du contrat de travail, devient « *source génétique et normative d'une représentation salariée originale* » (74).

Dès lors, la délégation de pouvoir consentie par l'employeur au préposé s'exécute en droit du travail selon un mode spécial de représentation. Le salarié a à sa charge le pouvoir de représenter l'employeur auprès des tiers et de toutes les administrations (75). Il n'agit jamais en son nom propre, mais au nom de l'employeur, a pour mission de le suppléer dans un secteur déterminé, et son action provoque direc-

tement des effets chez l'employeur. La délégation de pouvoir est limitée à l'exercice d'une mission déterminée en lien avec les connaissances techniques et compétences du délégataire et dispose d'un champ d'application restreint.

Pour cette raison, la délégation de pouvoir doit être distinguée de la délégation particulière d'autorité mentionnée à l'article L. 1441-4 du Code du travail, permettant aux cadres d'être inscrits dans le collège employeur (76). Par fiction juridique, le salarié est assimilé au chef d'entreprise. La délégation de pouvoir se distingue de la délégation d'autorité par sa source juridique et son champ d'application. D'une part, la première trouve sa source non pas dans le contrat de travail, mais dans la loi ; d'autre part, elle s'applique à une mission précise et ne peut être consentie pour la plénitude des pouvoirs habituellement dévolus à l'employeur. La délégation de pouvoir s'apparente, en comparaison, à une délégation de compétence. La Chambre sociale a réaffirmé, dans un arrêt en date du 15 octobre 2015, la portée générale de la délégation d'autorité : « *le salarié qui dispose d'une délégation écrite d'autorité permettant de l'assimiler au chef d'entreprise ne peut être désigné en qualité de représentant syndical, peu important que la délégation porte sur un périmètre plus restreint que celui de sa désignation* » (77). L'assimilation va au-delà des actes juridiques qu'exerce le délégataire, elle est l'essence de sa fonction (78).

Ainsi, le mandat et la délégation de pouvoir présentent des points de convergences sur le plan juridique. Elles ne peuvent résolument pas être considérées comme des mesures étrangères. Cette analogie des régimes se retrouvent également lorsque l'on analyse les conditions de validité.

(69) H. Matsopoulou, « Délégation. Les effets d'une délégation de pouvoirs valable », La Semaine Juridique, éd. G., n°9, 2 mars 2015, doct. 275 ; D. Ohl, « Le titulaire d'une subdélégation de pouvoirs est un représentant susceptible d'engager la responsabilité pénale d'une personne morale », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n°8, 21/02/2002, 371 ; C. Mascala, « Responsabilité pénale des personnes morales : le délégataire est un représentant », Bulletin Joly Sociétés, 01/01/2001, n°1, p.37.

(70) Cass. Mixte 19 nov. 2010, n°10-10.095, Dr. Ouv. 2011 p.463 n. F. Maury ; P. Henriot, « La délégation de pouvoirs «fonctionnelle». Un cheval de Troie dans les SAS », Sem. soc. Lamy, n°1777, sept. 2011, pp. 71-77.

(71) Cass. Crim. 17 oct. 1979, D. 1980 IR 296 ; Cass. Crim. 20 mai 2008, n°08-80.896 : « le prévenu, qui s'est abstenu de désigner une personne pour veiller au respect des règles d'hygiène et de sécurité, a commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer ».

(72) Cass. Crim. 18 juin 1991, n°90-80.057.

(73) Cass. Crim 4 janvier 1986, n°84-94.274.

(74) A. Coeuret, « Les responsabilités assumées par le salarié, source d'indépendance ? », in *Les frontières du salariat*, Dalloz, 1996, pp.243-263.

(75) Cass. Soc. 23 sept. 2015, n°14-14.021.

(76) La délégation d'autorité octroie au cadre la plénitude des pouvoirs habituellement dévolus à l'employeur, ce qui la rend incompatible avec l'exercice d'un mandat de représentation du personnel : Cass. Soc. 1^{er} fév. 2006, n°05-60.163 ; Cass. Soc. 16 avr. 2008, n°07-60.382 ; Cass. Soc. 21 janv. 2009, n°08-60.400.

(77) Cass. Soc. 15 oct. 2015, n°14-25.680.

(78) La jurisprudence a statué dans ce sens : « *sans rechercher, si la délégation consentie au salarié ne se limitait pas à un transfert de responsabilités imposé par la réglementation des jeux issue de l'arrêt du 14 mai 2007 qui confère seulement à l'intéressé le pouvoir, en l'absence de l'employeur, de répondre à toute demande formulée par les agents de surveillance ou de contrôle, distincte d'une délégation écrite particulière d'autorité lui permettant d'être assimilé à l'employeur, le tribunal a privé sa décision de base légale* ». Il s'agissait d'un membre du conseil d'administration désigné expressément dans deux lettres comme remplaçant du directeur : Cass. Soc. 15 avril 2015, n°14-19.782.

B. La similitude des solutions jurisprudentielles relatives à la validité des mesures

La jurisprudence crée la confusion entre la délégation de pouvoir et le mandat, ne serait-ce que par une assimilation terminologique des deux notions. Dans plusieurs décisions édifiantes, la Chambre sociale emploie sans distinction les vocables « mandat » et « délégation de pouvoir » (79) et l'expression « *salarié mandataire de l'employeur* » (80). Plus récemment, la Chambre sociale confirme son incertitude à ériger le régime propre de la délégation de pouvoir lorsque, pour juger de la validité de cette dernière, elle vise ensemble « *les principes généraux du droit applicables en matière de délégation de pouvoir* » et les articles 1984 et 2003 du Code civil (81). Suivant cette même logique d'indifférenciation, l'article L. 2141-5 du Code du travail met en relation directe le « mandat » syndical et les heures de « délégation » qui assurent son exercice effectif.

À utiliser sans détour une notion juridique pour une autre, les juges en viennent à assimiler les situations de fait qui en résultent et justifient la disposition des juristes à conclure à un amalgame des régimes. Ce rapport d'identité ne s'observe pas uniquement sur le plan terminologique, mais également au regard des règles de validité appliquées conjointement au contrat de mandat et à la délégation de pouvoir.

1. Les conditions de fond

Le contrat de mandat est soumis au droit commun des contrats, donc aux conditions de validité exprimées à l'article 1108 du Code civil. Il suppose la rencontre de deux volontés libres et éclairées, celles du mandant et du mandataire, autour d'un objet certain qui forme la matière de l'engagement.

La troisième Chambre civile a très tôt rappelé que la liberté du consentement distinguait le mandat de syndic de la gestion d'affaires, laquelle s'avère beaucoup plus « *spontanée* » (82). Le consentement s'apprécie lors de la formation du mandat et doit être

exempt de vice. Il n'est pas nécessaire que le consentement soit donné expressément par le mandant. Bien qu'il soit objet de controverses doctrinales, le mandat tacite est largement admis par la jurisprudence civile (83). Le mandataire a, de son côté, le dernier mot dans la formation du mandat. Selon les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 1984 du Code civil, « *le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire* », c'est donc à ce dernier que revient la faculté d'accepter l'offre faite par le mandant et de conclure le contrat de mandat. Le consentement du mandataire peut être donné par tous moyens. Il « *peut n'être que tacite et résulter de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire* » aux termes de l'alinéa 2 de l'article 1985 du Code civil. Selon un arrêt de la troisième Chambre civile en date du 17 février 1999, « *le contrat de louage d'ouvrage ne confère pas de plein droit au maître d'œuvre mandat de représenter le maître de l'ouvrage* » (84). Aussi, le mandat ne peut-il être présumé au regard de la qualité des parties et des rapports professionnels instaurés entre elles.

S'agissant du régime de la délégation de pouvoir, le consentement du préposé délégataire est garanti par un double mécanisme. D'une part, les juges du fond s'assurent qu'il a effectivement été informé des enjeux d'une telle délégation ; d'autre part, ils vérifient la clarté et l'authenticité de son acceptation. La Chambre mixte, au visa des articles 1984 et 1998 du Code civil, a précisé, dans un arrêt en date du 19 novembre 2010, qu'aucune disposition légale n'exige que la délégation de pouvoir de licencier soit donnée par écrit. Elle peut être tacite et résulter des fonctions du salarié qui conduit la procédure de licenciement (85).

En droit pénal du travail, en revanche, l'acceptation du préposé délégataire ne peut être tacite (86). La Chambre criminelle requiert de manière constante que soit « *établie l'existence d'une délégation de pouvoirs expresse et exempte d'ambiguïté* » (87). Il doit avoir compris à quoi il s'engage et quels sont les risques de cet engagement. Cette exigence s'explique aisément par la singularité de l'obligation

(79) Elle énonce expressément que « *le directeur du personnel, engagé par la société-mère pour exercer ses fonctions au sein de la société et de ses filiales en France, n'est pas une personne étrangère à ces filiales et peut recevoir mandat pour procéder à l'entretien préalable et au licenciement d'un salarié employé par ces filiales, sans qu'il soit nécessaire que la délégation de pouvoir soit donnée par écrit* » : Cass. Soc. 19 janv. 2005, n° 02-45.675.

(80) Cass. Soc. 25 janv. 2006, n° 04-60.515.

(81) Cass. Soc. 13 mai 2008, n° 07-40.002.

(82) Cass. Civ. 3^{ème} 3 juin 1987, n° 85-18.650, D. 1987. IR 148 ; Cass. Civ. 3^{ème} 20 janv. 1999, Bull. civ. III, n° 17 ; Defrénois 1999. 800, n. Atias ; Ph. Le Tourneau, op. cit., n° 266.

(83) Cass. Com. 12 mars 1996, RJDA 1996, n° 916 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 22 oct. 1996, Bull. civ. I, n° 358.

(84) Cass. Civ. 3^{ème}, 17 févr. 1999, n° 95-21.412.

(85) Cass. Mixte 19 nov. 2010, n° 10-10.095, Dr. Ouv. 2011 p.463 n. F. Maury.

(86) « *L'arrêt énonce que la délégation de pouvoirs invoquée, qui n'a pas été expressément acceptée, est relative à l'accomplissement de démarches se rapportant à des actes de relations, discussions, recherches d'informations, voire de conseils ; que les juges ajoutent qu'elle est très limitée dans son champ d'application et qu'elle n'a aucune valeur comme délégation de pouvoirs effective, de nature à permettre au prévenu d'éluider sa propre responsabilité* », Cass. Crim. 23 mai 2007, n° 06-87.590.

(87) Cass. Crim. 9 nov. 1993, n° 92-86.129.

d'information qui incombe à l'employeur vis-à-vis du salarié en vertu du contrat de travail (88) et par l'enjeu délégatoire de responsabilité pénale. Dès lors, le chef d'entreprise ne peut être exonéré de sa responsabilité de veiller au respect de la réglementation en matière d'hygiène et de sécurité que « *s'il justifie d'une délégation de pouvoirs établissant sans ambiguïté, avec un champ d'application déterminé, faite à un préposé compétent ayant l'autorité requise et averti de la nature et des conséquences de cette délégation* » (89). Même contenues dans le contrat de travail, les délégations et subdélégations de pouvoir peuvent révéler un défaut de concertation ou une importante confusion dans la mission de chacun. La moindre ambiguïté dans l'investiture du délégataire effectif, que ce soit concernant la personne délégataire ou l'objet de la délégation, entraîne la caducité de la délégation de pouvoir. En ce sens, la délégation effective du chantier ne peut résulter de la nature du travail effectué par le chef de main-d'œuvre (90) ou des fonctions assurées par lui (91).

L'objet du mandat et de la délégation de pouvoir doit être licite. Pour exemple, une personne ne peut donner mandat dans le but de négocier et de conclure un contrat de corruption. En matière sociale, si l'importance du périmètre de la délégation de pouvoir se vérifie aussi bien horizontalement (toutes les obligations résultant de la législation sociale sont visées : durée du travail, hygiène et sécurité, fonctionnement des institutions représentatives du personnel, pouvoir disciplinaire, embauche, durée du travail, médecine du travail, Sécurité sociale, obligations économiques comme celles relatives à la facturation et au calcul des prix de vente (92), etc.) que verticalement (l'ensemble des salariés peuvent, en théorie, être titulaires d'une délégation de pouvoir), une limite a été expressément posée par la jurisprudence, la délégation étant admise « *sauf si la loi en dispose autrement* » (93). Cela laisse au législateur et au juge,

lors de l'interprétation de la loi, une marge d'initiative pour prohiber l'attribution des pouvoirs personnels de l'employeur à un salarié de l'entreprise. Cette réserve s'applique notamment à l'obligation qui pèse sur le chef d'entreprise de consulter le comité d'entreprise préalablement à une décision d'aménagement modifiant les conditions d'hygiène et de sécurité ou les conditions de travail (94).

Le mandat et la délégation de pouvoir doivent aussi être précis et délimités dans leur objet. La doctrine civiliste considère que le mandat doit être déterminé et que le simple mandat d'acheter, sans autre précision pour le mandant, serait nul, voire inexistant (95). Le délégant détermine l'objet de la délégation et ne peut décider par la suite d'élargir le périmètre de celle-ci. La délégation de pouvoir doit être certaine et exempte d'ambiguïté, permettant ainsi de définir la sphère de la responsabilité du délégataire. À titre d'exemple, la délégation de pouvoir consentie à un directeur de travaux comme une mission générale de surveillance et d'organisation des mesures de sécurité des chantiers, sans instruction plus précise du chef de chantier, est jugée trop vague (96).

Le mandataire et le délégataire doivent enfin disposer de la capacité juridique et matérielle d'accomplir l'acte désigné. Outre la capacité juridique, le préposé délégataire doit disposer de l'autorité nécessaire, c'est-à-dire d'un pouvoir de décision (97), de donner des ordres, de contrôler l'exécution de la mission et d'en sanctionner les manquements (98) ; disposer d'une indépendance d'action (99) et d'une autonomie d'initiative (100) ; disposer de la compétence (connaissances techniques et juridiques (101), qualités professionnelles, expérience et ancienneté dans l'entreprise et dans la profession (102)) et des moyens financiers et disciplinaires nécessaires à l'accomplissement de sa mission (103). Les juges du fond apprécient souve-

(88) Bizeur (F.), *L'information du salarié dans les relations individuelles de travail*, Thèse Lille 2, 2013.

(89) Cass. Crim. 9 nov. 1993, n° 92-86.129.

(90) Cass. Crim. 2 oct. 1979, n° 78-93.334.

(91) Cass. Crim. 8 avr. 2008, Dr. Soc. 2008, 809, n. F. Duquesne.

(92) Cass. Crim. 11 mars 1993, n° 91-80.598.

(93) Cass. Crim. 11 mars 1993, n° 90-84.931 : « *sauf si la loi en dispose autrement, le chef d'entreprise, qui n'a pas personnellement pris part à la réalisation de l'infraction, peut s'exonérer de sa responsabilité pénale s'il rapporte la preuve qu'il a délégué ses pouvoirs à une personne pourvue de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires* ». Au moment de cette décision, « *il n'existe aucun texte posant expressément cette interdiction* ». Les auteurs concluent que « *cela, la Chambre criminelle ne pouvait l'ignorer : elle a donc réservé, non le cas où la loi en dispose autrement, mais le cas où, selon l'interprétation qu'elle en fait, la loi en dispose autrement* » : Brieuc de Massiac, « Responsabilité pénale des dirigeant et délégation de pouvoirs », RJDA, 11/95, pp. 927 et s.

(94) Cass. Crim. 15 mars 1994, n° 93-82.109 ; précisément sur le délit d'entrave au comité central d'entreprise : Cass. Crim. 14 oct. 2003 ; Cass. Crim. 15 mai 2007, n° 06-84.318.

(95) Ph. Le Tourneau, loc. cit.

(96) Cass. Crim. 28 janv. 1975, n° 74-91.495 ; rapp. Cass. Crim. 8 sept. 2015, n° 14-83.053, Dr. Ouv. 2016 p. 30.

(97) Cass. Crim. 31 mai 1983, n° 82-93.578.

(98) Cass. Crim. 2 mars 1977, n° 76-90.895.

(99) Cass. Crim. 29 mai 1990, n° 89-84.177.

(100) Cass. Soc. 21 nov. 2000, n° 98-45.420, dit « arrêt *Abaffour* » préc.

(101) Cass. Crim. 8 fév. 1983, n° 82-92.644.

(102) Un chef d'équipe, âgé de 21 ans lors de la signature de sa première délégation de pouvoir et présent depuis moins d'une année dans l'entreprise, ne dispose pas des compétences et de l'autorité nécessaire pour être investi d'une délégation de pouvoir : Cass. Crim. 8 déc. 2009, n° 09-82.183, RJS 3/10, n° 302.

(103) Cass. Crim. 29 oct. 1985, n° 84-95.559 ; 8 mars 1988, n° 87-83.883.

rainement une situation de fait pour juger de l'effectivité de la délégation et ne tiennent pas compte de la volonté des parties à instaurer une délégation de pouvoir. Pour exemple, en matière d'hygiène et de sécurité, les juges s'intéressent à la formation en matière de sécurité du salarié, à son salaire, sa qualification, son ancienneté dans ses fonctions, au nombre de personnes dans son équipe, ainsi qu'aux actes juridiques qu'il effectue, comme le choix et l'embauche de ses collaborateurs. Un dessinateur-projeteur qui s'était vu confier la responsabilité de la sécurité de l'entreprise par avenant à son contrat de travail, dont la formation en matière de sécurité était limitée et sans rapport avec l'importance de cette mission au sein d'une entreprise de couverture, dont la délégation de pouvoir était limitée à la signature des plans de prévention et ne disposant d'aucun moyen propre pour faire respecter la sécurité sur le chantier, ne peut être tenu responsable de l'accident survenu sur le chantier (104).

Les conditions de validité du droit commun des contrats s'appliquent aussi sévèrement au mandat et à la délégation de pouvoir, ce qui prouve, une nouvelle fois, le rapprochement de leurs régimes et interroge sur la nécessité de fusionner les qualifications. Cette similitude se perçoit également au regard des conditions de forme.

2. Les conditions de forme

Le mandat comme la délégation de pouvoir connaissent une remarquable diversité des formes. Le sous-mandat et la substitution de personne sont des mécanismes translatifs d'obligation du mandataire vers une autre personne, créant un lien juridique direct entre le mandant primitif et le tiers remplaçant (105).

Ce lien juridique indirect a été reproduit, en matière de délégation de pouvoir, par le biais de la subdélégation (106). Pendant près de dix ans, la jurisprudence a refusé de reconnaître la validité de la subdélégation et exigeait que le préposé soit investi directement par le chef d'entreprise et non par le délégué (107). Dans

un arrêt en date du 8 février 1983, elle consacre la faculté de subdéléguer en droit du travail. Il s'agissait d'une chaîne de plusieurs délégations de pouvoir : un chef d'entreprise avait donné une délégation de pouvoir portant sur le respect des règles d'hygiène et de sécurité sur un chantier de construction au directeur général de la société, qui avait subdélégué ses pouvoirs à un ingénieur de l'entreprise, qui avait lui-même subdélégué à un conducteur de travaux. Pour refuser d'exonérer le chef d'entreprise, la Cour d'appel de Versailles constatait que le « *vice de la délégation initiale réside dans le fait que, par le jeu des subdélégations qu'elle autorise, elle aboutit à une totale confusion sur le point de savoir qui, en définitive, doit répondre des infractions constatées* ». La Cour de cassation a cassé cette décision en affirmant « *qu'aucune règle de droit ne s'oppose à ce qu'un chef d'entreprise qui délègue ses pouvoirs à une personne pleinement qualifiée, en l'occurrence, le directeur général d'une société commerciale, autorise ce dernier à subdéléguer, sous sa responsabilité, tout ou partie des pouvoirs qui lui sont dévolus* » (108). Pour être valable, la subdélégation doit satisfaire aux mêmes conditions que la délégation (109) et être délivrée postérieurement à la délégation (110).

Les exigences de validité formelle sont très souples, que ce soit pour le mandat ou la délégation de pouvoir, et ce, en vertu du principe du consensualisme qui leur est applicable. L'article 1985 du Code civil dispose que « *le mandat peut être donné par acte authentique ou par acte sous seing privé, même par lettre. Il peut aussi être donné verbalement* » (111). La jurisprudence est constante dans l'interprétation de l'article 1985 du Code civil ; en témoigne une espèce de la Chambre commerciale dans laquelle elle décide : « *le contrat d'agent commercial étant purement consensuel, les juges du fond peuvent déclarer qu'un contrat de cette nature est conclu le jour où les volontés des parties se sont accordées, sans tenir compte de la manière dont a été ensuite rédigé et souscrit l'instrument écrit dressé pour constater cet accord* » (112). Ainsi, l'idée commu-

(104) Cass. Soc. 18 mai 2005, n° 03-40.242.

(105) Ph. Le Tourneau, loc. cit.

(106) Proche de la subdélégation, la co-délégation, entendue comme le fait pour le chef d'entreprise de consentir une délégation à plusieurs personnes pour l'exécution d'une même mission, a été jugée irrecevable par la Cour de cassation, car « *étant de nature à restreindre l'autorité et à entraver l'initiative de chacun des prétendus délégataires* » : Cass. Crim. 2 oct. 1979, Bull. crim. n° 198 ; Cass. Crim. 13 fév. 2001 ; Cass. Crim. 12 déc. 2006, n° 05-87.125. En revanche, la multi-délégation, qui désigne le fait pour le chef d'entreprise d'accorder plusieurs délégations de pouvoirs à des salariés différents pour la réalisation de missions distinctes, est autorisée, dans la mesure où le périmètre de chaque mission est précisément tracé et connu des différents délégataires. Cette technique est logiquement admise en raison des finalités premières de la délégation : l'organisation et la gestion des rapports de travail dans l'entreprise.

(107) Cass. Crim. 22 mai 1973, n° 72-90.777 ; Cass. Crim. 27 fév. 1979, Bull. crim. n° 88.

(108) Cass. Crim. 8 fév. 1983, n° 82-92.364.

(109) Cass. Crim. 28 fév. 1995, n° 94-82.577.

(110) Cass. Crim. 28 nov. 1995, n° 95-81.937 ; Cass. Crim. 27 oct. 2009, n° 08-86.995.

(111) Cass. Civ. 1^{ère}, 15 mars 2005, n° 03-14.388 : la première chambre civile a reconnu, dans une décision du 15 mars 2005, que la cour d'appel avait violé cet article en retenant la responsabilité civile professionnelle d'un avocat au motif que ce dernier n'aurait dû se dessaisir des sommes versées par un assureur et destinées aux victimes qu'en vertu d'un acte sous seing privé l'habilitant à recevoir un paiement à leur place

(112) Cass. Com. 21 janv. 1969, Bull. civ. IV, n° 22.

nément admise selon laquelle, pour être valable, un mandat devrait être écrit et signé d'un « *bon pour mandat* » consiste en une « *extension abusive du formalisme dans la pratique des banques et des sociétés* » (113). Hormis les cas où la loi impose un acte sous seing privé (114) ou un acte authentique (115), le principe est la liberté de forme.

De façon similaire, la validité de l'acte de délégation n'est soumise à aucun formalisme. La délégation de pouvoir peut prendre la forme d'une clause insérée au contrat de travail (116), d'une lettre d'information (117), d'un avenant au contrat de travail (118), d'une précision sur l'organigramme de l'entreprise (119), etc.

La preuve du mandat est régie par les règles générales de la preuve des conventions, définies aux articles 1341 et suivants du Code civil. Il appartient donc à celui qui l'invoque d'en prouver l'existence par écrit si le montant de son objet dépasse 1.500 euros. À l'inverse, le principe de liberté de la preuve gouvernant les relations de travail, il n'est pas requis de preuve littérale pour prouver la délégation de pouvoir (120). La Chambre sociale a confirmé que, même inséré dans le contrat de travail, l'écrit n'est ni obligatoire, ni suffisant pour prouver l'existence d'une délégation de pouvoir. Elle rappelle que l'écrit « *ne peut constituer qu'un élément d'appréciation parmi d'autres sans lier les juges du fond* » (121). La reconnaissance de la délégation par le salarié au cours de l'enquête légale n'est pas non plus déterminante, compte tenu de l'existence du lien de subordination (122). Suivant la méthode du faisceau d'indices, les juges du fond

apprécient souverainement les faits et la situation réelle du salarié.

En définitive, tant les critères essentiels du mandat que les conditions de validité de celui-ci sont facilement exportés vers la notion de délégation de pouvoir et constituent les marqueurs de la proximité des régimes du contrat de mandat et de la délégation de pouvoir.

Il serait alors aisé, à ce stade de l'analyse, de conclure à l'identité des régimes et de prôner l'incorporation de la délégation de pouvoir dans la qualification juridique du mandat. Ce phénomène confirmerait la vocation extensive du régime du mandat et lui rajouterait une ramification supplémentaire, cette fois dans le champ des relations de travail. Dès lors, la délégation de pouvoir serait la porte d'entrée du droit des contrats spéciaux dans le droit du travail, soulignant les dynamiques de convergence entre ces domaines, comme il en existe déjà entre le droit de la protection sociale et le droit du travail *via* la notion de salariat, ou entre le droit des obligations et le droit du travail par le biais de la notion de bonne foi. Toutefois, la présence d'une technique de représentation ou d'un pouvoir n'induit pas indéniablement la qualification de mandat (123). Aussi, si ces éléments relatifs à la formation de la mesure peuvent être envisagés comme les indices essentiels d'un rapprochement des régimes du contrat de mandat et de la délégation de pouvoir, ils ne s'avèrent pas suffisants pour induire leur totale assimilation. Les effets juridiques de la délégation de pouvoir témoignent, à l'inverse, d'une séparation franche entre le mandat et la délégation de pouvoir.

II. Délégation de pouvoir : vers un régime juridique *sui generis* ?

Certains spécialistes du droit des contrats (124), pour signifier le rapprochement entre le contrat de mandat et le contrat de travail, concluent à l'extension de la notion de préposition : « *l'élément essentiel pour définir le rapport de préposition n'est plus aujourd'hui la «subordination» du préposé, à laquelle il est souvent*

fait illusion de manière incantatoire, mais plutôt le fait d'agir pour le compte du commettant et à son profit » (125). La définition du préposé se résumerait alors par le fait d'agir pour le compte d'autrui, et inclurait le mandataire.

(113) Franck, « De l'extension abusive du formalisme dans la pratique bancaire, des sociétés et des mandats en général : le 'bon pour' ou 'approuvé' », Rev. Administrer 1991/220, 2.

(114) Selon les dispositions de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970, le mandat des agents immobiliers doit être écrit.

(115) Le mandat doit être authentique quand il s'agit : d'un contrat de mariage (C. civ., art. 1394) ; de la constitution ou de la radiation d'une hypothèque conventionnelle (C. civ., art. 2416 et 2441).

(116) Cass. Crim. 23 févr. 1988, n° 87-84.160.

(117) CA Angers, 24 nov. 2015, n° 13/022.441.

(118) Cass. Soc. 18 mai 2005, n° 03-40.242.

(119) A. Beziz-Ayache, loc. cit.

(120) Cass. Crim. 10 févr. 1976, Bull. crim. n° 52 : Cass. Crim. 17 juin 1997, n° 95-83.010.

(121) Cass. Soc. 18 mai 2005, n° 03-40.242.

(122) Cass. Crim. 2 févr. 1993, n° 92-80.672.

(123) D'autres mécanismes de droit civil usent du pouvoir, tandis qu'il a été démontré par les auteurs que la représentation est une technique autonome, qui peut également trouver sa source dans la loi.

(124) N. Dissaux, op. cit. n° 65.

(125) G. Viney, P. Jourdain, « Les conditions de responsabilité », in *Traité de droit civil*, LGDJ 2006, n° 792.

Cette interprétation extensive est discutable. D'abord parce qu'elle répond à un objectif inadapté, celui de permettre au mandataire (souvent professionnel) d'être exonéré de sa responsabilité à l'égard des tiers lorsqu'il agit dans le cadre de sa mission. Exiger la démonstration d'une faute détachable des fonctions du mandataire pour engager sa responsabilité porte atteinte au droit des tiers ; cela contrevient notamment au droit à indemnisation de la victime. Le Professeur N. Dissaux en fait la démonstration dans ses écrits (126), il est plus aisé d'indemniser la victime lorsque l'employeur est responsable plutôt que son préposé. Il n'en va pas de même lorsqu'un particulier confie la visite de son bien à un agent immobilier qui endommage ce bien lors de la visite. Ensuite, parce qu'admettre qu'un mandataire puisse être qualifié de préposé est détachée de la réalité pratique des relations de travail. Le droit dont dispose le mandant de contrôler la réalisation de la mission par le mandataire est bien moins complexe et personnalisé que ne l'est le lien de subordination.

Il en va de même lorsque le préposé est investi d'une délégation de pouvoir. Celle-ci présuppose une relation hiérarchique que ne connaît pas le mandat et qui se concrétise par un contrôle et un pouvoir de sanction dont la portée va bien au-delà de la simple mission déléguée. Les parties appartiennent au microcosme de l'entreprise et se connaissent préalablement au transfert de pouvoir. En effet, la jurisprudence, pour admettre la validité de la délégation, exige une certaine ancienneté du préposé dans l'entreprise (127). Elle ne peut donc être consentie lors de l'embauche du salarié et constituer une modalité du contrat de travail ou une obligation secondaire résultant de celui-ci. Sans compter que, si les parties au mandat débute la relation contractuelle sur un pied d'égalité, il n'en est pas de même pour la délégation de pouvoir, souvent consentie par un supérieur hiérarchique du délégataire.

Dès lors, on relève une incompatibilité des effets juridiques de la délégation de pouvoir et du mandat, et ce, sous l'influence de la notion de subordination. La résistance et la flexibilité du lien de subordination s'illustrent aussi bien au regard du contrôle de la mission (A.) qu'à la sanction imposée (B.).

A. La singularité du contrôle exercé sur la délégation de pouvoir

La délégation de pouvoir s'étend progressivement dans l'entreprise, en raison d'un changement radical dans le rapport au savoir entre l'employeur et le salarié (128). Le savoir s'est inversé. Auparavant, « *le chef d'entreprise savait, le salarié exécutait* ». Désormais, certains salariés disposent de l'information et sont ultra-spécialisés. D'autres sont chargés de leur propre organisation temporelle et spatiale du travail : ils sont autonomes, sans horaires, libres de travailler ou non chez eux, de choisir leurs collaborateurs. Il est alors difficile pour l'employeur d'user de son pouvoir de direction. Ainsi, la délégation de pouvoir incarne l'expression concrète de la mutation du lien de subordination vers une « *autonomie contrôlée* » (129) et témoigne du changement de physionomie du lien de subordination, non de sa disparition ou de son « *relâchement* » (130). Cette mutation s'observe sous plusieurs aspects relatifs à l'étendue de l'indépendance du délégataire (1.) et à l'intensité du contrôle du délégant (2.).

1. L'étendue de l'indépendance du délégataire

Par principe, le mandataire est doté d'une grande indépendance (131). Il représente les intérêts du mandant et agit pour le compte de celui-ci de manière autonome, en disposant d'une grande latitude quant au choix des moyens pour atteindre les objectifs qui lui ont été fixés (132). Toutefois, aux termes des dispositions de l'article 1989 du Code civil, « *le mandataire ne peut rien faire au-delà de ce qui est porté dans son mandat* ». Les auteurs contemporains ont soutenu que le mandataire jouit d'une autonomie relative dans l'accomplissement de sa mission, en raison des instructions que lui donne le mandant. Essentiellement dans le cadre d'un mandat impératif, le mandataire ne dispose que d'une faible marge d'initiative, en ce qu'il « *ne doit pas s'écarter des limites que lui impose la précision des ordres reçus* » (133). Il est tenu de respecter les directives qui lui ont été données sur l'étendue et l'exécution de sa mission (134). Ainsi, l'indépendance et la liberté du mandataire dans la conclusion de l'acte juridique avec les tiers ne lui seraient concédées que par la volonté du mandant (135).

(126) N. Dissaux, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, n° 1328.

(127) Cass. Crim. 23 mai 2007, n° 06-87.590.

(128) P. Lokiec, *Il faut sauver le droit du travail*, éd. O. Jacob, 2015.

(129) *Id.*

(130) N. Dissaux, « Mandat et contrat de travail », op. cit., n° 13.

(131) Ph. Le Tourneau, loc. cit.

(132) Y. Aubree, op. cit., n° 120.

(133) Ph. Petel, op. cit., n° 16.

(134) D. Tomasin, « À la recherche d'une distinction entre mandat et contrat de travail », in *Mélanges offerts à M. Despax*, Toulouse, 2002, p. 208.

(135) M. Le Bescond de Coatpont, *La dépendance des distributeurs*, thèse, Université Lille 2, 2015, n° 163.

En comparaison, certains salariés investis d'une délégation de pouvoir sont dotés d'une marge d'autonomie remarquable dans l'exécution de leur mission. L'article L.3111-2 du Code du travail reconnaît une catégorie de cadres « *auxquels sont confiées des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps, qui sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome et qui perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans leur entreprise ou établissement* ». Cette forme d'indépendance, désignée par la doctrine comme une « *faculté d'adaptation* » (136), ne peut, dès lors, constituer le critère distinctif entre la délégation de pouvoir et le mandat.

Il ne faut pas confondre gain d'autonomie du salarié délégataire et absence de sujétion. La distinction entre le régime du mandat et le régime de la délégation de pouvoir se situe sur un autre plan : l'étendue et la qualité de l'indépendance. Le délégataire n'est pourvu que d'une indépendance partielle, que l'on qualifie de fonctionnelle (137), c'est-à-dire « *dont l'aspect pratique résulte d'une juste adaptation à une fonction déterminée* » (138). Elle répond à un besoin de l'entreprise, mais ne peut être interprétée comme une indépendance globale ou systémique. En effet, l'exercice de la délégation s'inscrit dans une structure professionnelle et se voit imposer des contraintes liées à l'organisation générale du service dans lequel elle s'intègre. Le délégataire ne choisira pas toujours ses collaborateurs ou ses subordonnés et sera soumis à des horaires, un lieu de travail préalablement fixés, etc. Dans une vision plus générale, le délégataire demeure un salarié et doit intégrer la politique globale de l'entreprise lors de l'exercice de sa mission (139).

L'indépendance du délégataire apparaît ainsi superficielle si on interprète ce concept comme le fait de jouir d'une entière autonomie à l'égard de l'employeur. En réalité, l'intervention du délégant est fréquente dans la pratique des relations de travail, y compris dans le périmètre restreint de l'exercice du pouvoir délégué. La frontière entre la prestation de travail effectuée et la mission de délégation n'est pas étanche et les rapports entre délégant et déléga-

taire s'avèrent bien plus complexes que ceux existant entre le mandant et le mandataire. Des auteurs ont mis en évidence l'obligation de l'employeur de porter assistance au délégataire lors de sa prise de fonction. Titulaire du pouvoir de gestion de l'entreprise, il doit tout mettre en œuvre pour assurer le bon déroulement de la délégation de pouvoir, comme assurer son acceptation par les autres salariés subordonnés (140). La protection accordée par la jurisprudence pour permettre au délégataire de répondre à ses obligations illustre également les difficultés pratiques que suscite la délégation de pouvoir, compte tenu de la concurrence entre l'autorité habituelle de l'employeur et l'autorité décisionnelle nécessaire au délégataire pour réaliser sa mission. Pour remédier aux ingérences du délégant, la jurisprudence a créé le concept de délégation apparente. Le chef d'entreprise dispose d'un contrôle organique dû à l'existence du contrat de travail, mais « *s'il conserve le contrôle réel du respect de ses obligations dans le secteur pour lequel la délégation de pouvoir a été consentie, alors cette intervention vide ladite délégation de son contenu et la rend totalement inefficace* » (141).

En comparaison, le mandataire dispose d'une indépendance plus limpide pour exercer sa mission. La manière et la méthode de décision ne peuvent pas lui être précisément imposées. En ce sens, la motivation de la Chambre sociale, dans un arrêt en date du 17 novembre 2004, est riche d'enseignements, en raison notamment de l'insistance que la Cour a eu à imposer son raisonnement (142). Pour refuser la qualité de salarié à une personne ayant conclu un contrat de mandat d'agent avec une banque, et dont la mission était de recueillir et de transmettre à l'établissement les demandes de prêts, elle relève, au soutien de son argumentation, qu'elle exerçait concurremment une activité d'agent général d'assurance, dans des locaux lui appartenant, avec les moyens et le personnel de son agence, qu'elle n'était pas forcée d'utiliser le matériel informatique et les imprimés de la banque, qu'elle était maître de ses horaires de travail, exerçait son pouvoir de direction sur ses salariés et ne recevait de la banque aucune instruction précise et impérative.

Cette espèce témoigne de la distinction fondamentale à opérer entre l'indépendance consentie au

(136) Ph. Petel, *Les obligations du mandataire*, Litec, 1988, n°16.

(137) A. Coeuret, op. cit., p. 247.

(138) Dictionnaire du CNRTL. Consulté en ligne le 10 nov. 2015 : [http://www.cnrtl.fr/definition/fonctionnel].

(139) A. Coeuret, *ibid.*

(140) Cass. Soc. 11 janv. 1957 ; Cass. Soc. 9 juin 2015, n°13-27.641 ; Cass. Soc. 15 avr. 2015, n°13-25.733 ; Cass. Soc. 25 juin 2014, n°13-12.278 ; Cass. Soc. 29 sept. 2010, n°09-42.372.

(141) Cass. Soc. 21 nov. 2000, n°98-45.420.

(142) L'affaire avait déjà donné lieu à un renvoi après cassation devant la Cour d'appel d'Amiens, par la Chambre sociale, le 6 février 2001, n°97-40.880.

salarié délégataire et celle dont dispose le mandataire par essence. Cette même nuance mérite d'être appliquée au contrôle exercé par les donneurs d'ordres du mandat et de la délégation de pouvoir.

2. L'intensité du contrôle du délégant

Pour minimiser les risques d'agence (143), l'article 1993 du Code civil énonce que « *tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion, et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant* ». Longtemps envisagée comme la simple reddition de comptes lors de la fin de l'opération, cette obligation a été interprétée plus largement par le Professeur Ph. Petel, dans son ouvrage de référence, comme une double obligation de rendre compte de sa gestion et de sa mission (144). Le mandant détient alors un pouvoir de contrôle sur le déroulement de la mission et sur son résultat, puisque le mandataire doit lui faire part de toutes les difficultés qu'il rencontre dans son exécution et informer de l'échec ou du succès de celle-ci. La Chambre sociale reconnaît explicitement, dans un arrêt en date du 17 novembre 2004, le pouvoir de contrôle du mandant : « *le contrôle exercé régulièrement par l'UCB sur son activité n'était pas déterminant, dès lors que tout mandataire doit rendre compte à son mandant de sa gestion* » (145).

Aussi, ce n'est pas l'existence d'un contrôle, mais l'intensité du contrôle du donneur d'ordres qui représente le critère décisif entre la délégation de pouvoir et le mandat. Reste à définir le degré d'intensité que doit atteindre ce contrôle sur le mandataire pour lui donner la qualité de préposé investi d'une délégation de pouvoir. Le premier doit-il tenir un journal quotidien de ses actions ou simplement rendre compte de la fin de sa mission ? À quelle fréquence doit-il rendre compte de sa gestion ? La doctrine a montré l'inconstance de la jurisprudence à répondre à ces interrogations (146).

À la différence du mandant, le chef d'entreprise dispose d'un contrôle institutionnalisé sur l'exercice

de la délégation de pouvoir et de modalités de contrôle accrues. Ne serait-ce que parce que, à la différence du mandat, la délégation de pouvoir s'inscrit dans un rapport de subordination préétabli et conserve l'entièreté du contrôle de l'employeur (147). Les obligations issues du contrat de travail s'ajoutent aux obligations spéciales résultant de la délégation de pouvoir. Dans les relations de travail, l'exercice de la délégation de pouvoir peut revêtir trois formes distinctes en fonction des qualités de la personne délégataire. Elle peut être accordée aux cadres dirigeants au titre d'un mandat social, être attribuée dans des cas restreints à un salarié de l'entreprise en dehors de son contrat de travail (148) ou, dans l'hypothèse la plus courante, être consentie à un salarié de l'entreprise dans le cadre de son contrat de travail. Intégrée à la prestation de travail, la délégation de pouvoir « *sert les fonctions salariales préalablement exercées par le salarié ou en ajoute de nouvelles* » (149). Dans ce cas, elle est qualifiée par la Cour de cassation de « *modalité d'exécution du contrat de travail* » (150), en ce qu'elle ajoute de nouvelles obligations au salarié ou aggrave celles dont il disposait déjà.

Si l'attribution de la délégation de pouvoir ne constitue pas toujours une modification du contrat de travail, elle modifie néanmoins son contenu et emporte des changements dans les tâches confiées au salarié. L'arrêt de la Chambre sociale en date du 29 novembre 2007 s'inscrit dans un raisonnement constant selon lequel seule la délégation de pouvoir influant sur la qualification ou la classification du salarié est considérée comme une modification du contrat de travail (151). Aussi, la délégation de pouvoir relève du paradoxe puisqu'elle favorise l'accomplissement des anciennes fonctions du salarié tout en lui attribuant de nouvelles obligations. Elle peut également intensifier une obligation existante et le contrôle de l'employeur sur son exécution. Pour exemple, l'obligation de loyauté du salarié délégataire est renforcée. L'arrêt de la Chambre sociale énonce, en effet, que, lorsqu'un salarié est investi d'une « *importante délégation de pouvoir* », son obligation de loyauté professionnelle envers l'employeur est

(143) Selon la définition proposée par le CNRS : « *La théorie de l'agence tire son nom de la relation d'agence qui lie le 'principal' (celui qui délègue un pouvoir décisionnel), à l'agent. En raison des divergences d'intérêt entre principaux et agents, des asymétries d'information et du caractère incomplet des contrats, elles sont génératrices de coûts d'agence et donc de pertes de valeur. La fonction des organisations et des mécanismes organisationnels est de réduire ces coûts. Dans la théorie de l'agence, une entreprise est un faisceau de relations d'agence* ». Glossaire en ligne : [www2.cnrs.fr/sites/communique/fichier/09_glossaire.pdf].

(144) Ph. Petel, op. cit., n° 370.

(145) Cass. Soc. 17 nov. 2004, n° 02-45.656.

(146) M. Le Bescond de Coatpont, loc. cit.

(147) Car, contrairement à ce que défend Monsieur Dissaux, il existe bien des degrés de contrôle, dont le contrôle de l'employeur est le paroxysme, même chez les cadres.

(148) Cass. Soc. 19 mars 1987, D. 1988, somm. 96, obs. P. Fieschi-Vivet.

(149) N. Ferrier, op. cit., n° 185.

(150) Cass. Crim., 21 déc. 1982, Bull. crim. n° 410.

(151) « *Le salarié s'était vu confier des tâches différentes de celles qu'il exerçait antérieurement au CTI mais qui correspondaient toujours à sa qualification et à son niveau de responsabilité [...], le contrat de travail n'avait pas été modifié* » : Cass. Soc. 29 nov. 2007, n° 06-44.569.

accrue en raison de sa position singulière dans l'entreprise (152).

Ainsi, le degré d'intensité du contrôle du donneur d'ordres témoigne de la divergence des effets juridiques du mandat et de la délégation de pouvoir. L'analyse des sanctions attribuées aux receveurs d'ordres fait également s'éloigner l'hypothèse d'une concordance des régimes juridiques.

B. L'originalité des sanctions attribuées au préposé délégataire

Lorsque sa mission est accomplie, « le mandataire disparaît de la scène juridique » (153) ce qui diffère totalement de la situation du préposé délégataire, dont le lien juridique est maintenu avec le délégant en vertu du contrat de travail.

Ce constat explique en partie que les effets juridiques du mandat et de la délégation de pouvoir, au regard de la sanction attribuée, soient fondamentalement différents. Qu'il s'agisse du cas où le préposé a agi au nom et pour le compte de l'employeur sans en avoir le pouvoir (1.), de celui par lequel il refuse d'exécuter sa mission ou l'a mal réalisée (2.), les sanctions se démarquent franchement du régime du mandat et se révèlent appropriées au monde des relations de travail.

1. L'absence du pouvoir d'agir au nom et pour le compte de l'employeur

Qu'advient-il d'un acte juridique réalisé par une personne qui n'en a pas le pouvoir ? La réponse diffère selon que la personne en cause s'est faite passée pour un mandataire ou pour un préposé investi d'une délégation de pouvoir. Dans le premier cas, l'acte est frappé de nullité relative (154). Dans le second,

la Chambre sociale a longtemps hésité entre l'annulation de l'acte et la remise en cause de ses effets.

Le contentieux du licenciement est édifiant en la matière, nombreux sont les cas, en effet, où l'employeur se fait représenter au cours de l'entretien préalable (155) ou lors de la notification du licenciement (156). La Chambre sociale s'est d'abord inspiré du régime du mandat pour considérer, dans une décision en date du 13 septembre 2005, confirmée en 2009, que « l'absence de qualité à agir du signataire d'une lettre de licenciement constitue une irrégularité de fond qui rend nul le licenciement » (157). Par un revirement de jurisprudence significatif, la Haute juridiction a tranché pour la condamnation de l'employeur pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (158). Dans une série d'arrêts qui ne laisse plus de place au doute, elle affirme que, lorsque le délégataire n'a pas le pouvoir de licencier le salarié, l'acte juridique exercé ne peut être considéré comme une simple irrégularité affectant la procédure de licenciement (159). Le licenciement n'est pas nul, il emporte des effets entre l'employeur et le salarié en cause et s'apparente à un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Le droit du travail s'émancipe ainsi définitivement du régime du contrat de mandat et crée sa propre notion de délégation de pouvoir au salarié.

Dans ce même mouvement d'« autonomisation », la jurisprudence sociale a interdit formellement à l'employeur de ratifier le licenciement (160), contrairement à ce qui est prévu par l'article 1998 du Code civil (161), aux termes duquel l'acte accompli sans pouvoir peut être ratifié postérieurement par le mandant. Cette précaution semble avoir pour finalité de prévenir les décisions trop hâtives ou injustifiées et d'indemniser le salarié licencié.

(152) Cass. Soc. 24 févr. 1993, n° 90-45.101 : « M. D. avait été nommé chargé de mission à la direction générale et que, titulaire d'une importante délégation de pouvoirs, il devait établir des contacts avec les entreprises de communication et de publicité ; que, peu après cette nomination, il avait participé à la création d'une société, dont il détenait 45 % des parts sociales avec le titre de gérant statutaire, ayant comme objet social des fonctions de communication et d'intermédiaire commercial ; que, tant l'existence de cette société que le rôle qu'y jouait M. D. ont été dissimulés à l'employeur, malgré une note de service qui lui imposait d'avertir son employeur de tout investissement personnel susceptible de le placer dans une position ambiguë ; qu'en l'état de ces constatations, la cour d'appel a pu décider que le comportement du salarié, qui avait manqué à l'obligation de loyauté professionnelle, rendait impossible son maintien dans l'entreprise pendant la durée du préavis et constituait une faute grave ».

(153) Il convient d'exclure de la démonstration les cas minoritaires de mandat permanent : B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Droit civil, Le contrat*, Litec, n° 242.

(154) « Les irrégularités affectant la représentation conventionnelle d'une partie à un acte notarié, qu'elles tiennent en une nullité du mandat, un dépassement ou une absence de pouvoir, sont sanctionnées par la nullité relative de l'acte accompli pour le compte de la partie représentée, qui seule peut la demander,

à moins qu'elle ne ratifie ce qui a été fait pour elle hors ou sans mandat » : Cass. Civ. 1^{ère}, 5 mars 2015, n° 14-11.461.

(155) Cass. Soc. 14 juin 1994, n° 92-45.072.

(156) Cass. Soc. 26 mars 2002, n° 99-43.155.

(157) Cass. Soc. 13 sept. 2005, n° 02-47.619 ; Cass. Soc. 29 avr. 2009, n° 08-40.128.

(158) Cass. Soc. 30 sept. 2010, n° 09-40.114, Bull. civ. V., n° 208 ; JCP E 2010, 1997, n. F. Duquesne.

(159) Cass. Soc. 8 juil. 2010, n° 08-45.592 ; Cass. Soc. 15 nov. 2011, n° 10-17.015, JCP S 2012, n. S. Brissy ; Cass. Soc. 18 janv. 2012, n° 10-23.713, Dr. Soc. 2012, p. 325, n. F. Duquesne ; Cass. Soc. 17 mars 2015, n° 13-2045, Lexbase éd. soc. 9 avr. 2015, n° 608, n. G. Auzero.

(160) « Le directeur ne pouvait être licencié que par le conseil d'administration et que le manquement à cette règle, insusceptible de régularisation postérieure, rendait le licenciement sans cause réelle et sérieuse » : Cass. Soc. 4 avr. 2006, n° 04-47.677 ; Cass. Soc. 17 mars 2015, n° 13-20.452.

(161) « Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné. Il n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement ».

2. L'inexécution du pouvoir délégué

Selon l'article 2003 du Code civil, le contrat de mandat prend fin « *par la révocation du mandataire, par la renonciation de celui-ci au mandat, par la mort, la tutelle des majeurs ou la déconfiture, soit du mandant, soit du mandataire* ». Lorsque le mandant n'est pas satisfait du travail du mandataire, il dispose de la révocation *ad nutum* définie à l'article 2004 du Code civil (162). Ce mécanisme correspond à la faculté de rompre unilatéralement le contrat, à tout moment, pour n'importe quel motif et sans indemnisation. Comme le mandant, le mandataire se voit offrir la possibilité de renoncer au mandat par l'article 2007 du Code civil. Néanmoins, sa responsabilité contractuelle peut être engagée si cette renonciation préjudicie au mandant. Il devra alors indemniser le mandant à hauteur du préjudice subi.

La révocation *ad nutum* s'est révélée inapplicable aux relations de travail, en raison des « *licenciements de rétorsion* » auxquels elle peut donner lieu (163). L'employeur pourrait se servir de cette faculté pour licencier un salarié qui compte intenter une action en justice ou qui applique trop scrupuleusement la législation dans l'exercice du pouvoir délégué. Cette hypothèse démontre que le degré et la nature de l'autonomie laissés au délégataire ne doivent pas être des freins à la création d'un régime protecteur de la délégation de pouvoir (164).

Sur le plan contractuel, l'excès de pouvoir ou le manque d'efficacité de l'autorité déléguée sont des fautes sanctionnables comme celles de tout salarié (165), ce qui prouve l'étendue du contrôle de l'employeur sur l'exercice de la mission. Le salarié peut être frappé d'une sanction disciplinaire (avertissement, blâme, mise à pied, licenciement) ou l'employeur peut lui retirer la délégation de pouvoir, ce qui peut être interprété comme une modification du contrat. Pour certains salariés, il est impossible de retirer la délégation de pouvoir car celle-ci tient à l'essence même de leurs fonctions : c'est le cas du directeur des ressources humaines qui se verrait retirer le pouvoir de signer les contrats de travail. Dès lors, le licenciement pour impossibilité d'accomplir

les obligations découlant de son contrat de travail sera envisagé.

Dans le cas d'une mauvaise exécution de la délégation, le préposé pourra être licencié pour insuffisance professionnelle, mais ne perdra pas une partie de son salaire. En effet, si le juge est autorisé à réviser les honoraires du mandataire en fonction de sa mission, il lui est interdit de réviser le salaire pour faute.

Enfin la responsabilité civile du préposé délégataire pourra être engagée à l'égard de l'employeur en cas de faute lourde (166), alors qu'une faute simple suffit dans la gestion du mandat pour engager la responsabilité du mandataire à l'égard du mandant, selon l'article 1992 du Code civil (167), et à l'égard des tiers.

Au regard du contrôle et des moyens de sanction détenus par le délégant, la délégation de pouvoir ne peut s'assimiler ni au mandat (168), ni à une substitution de mandataire (169). Le régime « *sui generis* » de la délégation de pouvoir construit par la jurisprudence est bien trop éloigné de celui du mandat pour induire la confusion de leurs qualifications et ce, même sous réserve de l'application de « *règles spéciales fondées sur d'autres techniques juridiques* » (170) inhérentes au monde du travail.

Ce résultat permet de s'interroger sur la nature juridique de la délégation de pouvoir, de même que sur la place du salarié titulaire d'une délégation de pouvoir dans la chaîne des contrats de travail de l'entreprise. Il serait un type spécifique de salarié qui se verrait attribuer une charge de représentation supplémentaire. Pour répondre à l'obligation d'information du salarié, la délégation de pouvoir pourrait alors prendre la forme d'une clause contractuelle claire et non équivoque insérée dans le contrat de travail (171), dont les contours juridiques restent à tracer.

Elise Ternynck

(162) « *Le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble et contraindre, s'il y a lieu, le mandataire à lui remettre soit l'écrit sous seing privé qui la contient, soit l'original de la procuration, si elle a été délivrée en brevet, soit l'expédition, s'il en a été gardé minute* ».

(163) A. Coeuret, loc. cit.

(164) A. Coeuret, *ibid.*

(165) CA Angers 31 mars 2015, n°13/00.064 : licenciement pour le motif personnel d'insuffisance et inaptitude professionnelles : « *L'ensemble de ces insuffisances traduit votre désengagement et votre manque d'intérêt dans la bonne exécution de vos missions, allant jusqu'à refuser de signer votre clause de délégation de pouvoir au mépris de vos obligations contractuelles* ».

(166) Cass. Soc. 27 nov. 1958, JCP G 1959, 11143 ; L. Morlet-Haidara, « *L'immunité des auteurs de fautes qualifiées* », in *Les immunités de responsabilité civile*, dir. O. Deshayes, PUF, 2009, pp. 63 et s.

(167) « *Le mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion* ».

(168) N. Dissaux, loc. cit. ; N. Ferrier, loc. cit.

(169) B. Mallet-Bricout, loc. cit.

(170) N. Ferrier, loc. cit.

(171) Non pas une simple « *modalité d'exécution du contrat de travail* » comme l'avait proposée la Chambre criminelle, ou même une obligation secondaire du salarié : Cass. Crim. 21 déc. 1982, Bull. crim. n° 410.