

Le droit de substitution et les garanties des salariés

par Henri Peschaud, juriste en droit social

Les syndicats défendent de plein droit en justice les intérêts de la profession. Ils ont de surcroît le droit de se substituer à des catégories grandissantes de salariés. Les délégués du personnel en cas d'atteinte aux libertés individuelles, le CHSCT en présence d'une situation de danger grave et imminent, le comité d'entreprise lorsqu'un plan social est inexistant ou insuffisant, peuvent aussi agir à la place des salariés concernés. Ce qui constituait pour certains auteurs un "cadeau empoisonné" aux syndicats ("Le droit de substitution, cadeau empoisonné aux syndicats". Maurice Cohen, Droit Social 1990, p. 790) a été ainsi étendu aux autres institutions représentatives du personnel. Est-ce un "cadeau empoisonné" pour les salariés ? Le bilan est nuancé. Le droit de substitution a été institué pour compenser l'inertie de catégories de travailleurs réputés vulnérables ou isolés dans la défense de leurs droits individuels contre l'employeur. Ce droit de substitution en expansion continue ne bénéficie pas toujours directement aux salariés au nom de qui il est actionné. S'ils réclament le bénéfice de l'action intentée, ils s'exposent aux risques de repréailles patronales. Les garanties en termes d'information et de maîtrise de l'instance engagée en leur nom ne suffiront pas tant que le droit d'ester en justice du salarié contre son employeur ne sera pas complètement protégé contre le licenciement. Dans l'attente, il appartient aux syndicats d'entreprise d'utiliser le droit de substitution en concertation avec ses bénéficiaires potentiels, et en liaison avec l'action collective.

PLAN

I. CONDITIONS DE L'INFORMATION DU SALARIÉ

A. Des garanties posées par le législateur

1. Accord tacite
2. Forme
3. Délai indicatif
4. Formalité substantielle

B. Des garanties renforcées par le Conseil constitutionnel

1. Nul ne plaide par procureur
2. Une exigence d'information plus complète
3. Applications aux dispositions législatives antérieures

II. LE DROIT DE SUBSTITUTION NE BÉNÉFICIE PAS TOUJOURS AU SALARIÉ

A. Le droit de substitution bénéficie directement au salarié

1. Le syndicat et l'intérêt collectif de la profession
2. Extension du droit de substitution
3. Information du juge
4. Avant-projet de loi sur la modernisation sociale

B. L'action des autres institutions représentatives ne bénéficie pas directement aux salariés

1. L'action du délégué du personnel en cas d'atteinte aux libertés des salariés
2. L'action d'un membre du CHSCT en cas de danger grave et imminent
 - a) Une procédure pré-contentieuse...
 - b) ...qui permettra au salarié d'invoquer la faute inexcusable de l'employeur
3. L'action du comité d'entreprise en nullité d'un plan social

- a) De la nullité de la procédure de licenciement...
- b) ...à la nullité des licenciements eux-mêmes
4. L'action du comité d'entreprise en contestation de l'article L. 122-12

III. LE DROIT DE SUBSTITUTION PROTÈGE MAL LE SALARIÉ DU LICENCIEMENT

A. Absence de bénéfice de l'action syndicale ou représentative

1. L'anonymat du salarié est préservé vis-à-vis de l'employeur...
2. ... sauf dans un cas...

B. Bénéfice direct de l'action syndicale

1. Nécessaire identification sans équivoque du salarié
2. Or le droit d'ester en justice est peu protégé
 - a) Les actions en justice pour la défense de certains droits fondamentaux sont efficacement protégées contre le licenciement
 - (1) L'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes
 - (2) Les victimes ou témoins d'actes de harcèlement sexuel
 - b) Tous les droits fondamentaux ne sont pas aussi bien protégés
 - (1) Liberté d'expression
 - (2) Devoir civique d'apporter son concours aux autorités
 - (3) Refus d'obéir à un ordre illégal

IV. LA LIBERTÉ SYNDICALE, PROTECTION DE SUBSTITUTION ?

I.

Conditions de l'information du salarié

Le salarié ne doit pas être engagé dans une action juridictionnelle à son corps défendant, voire à son insu. Il doit être obligatoirement informé de l'action intentée en son nom. A cela deux exceptions : l'action syndicale engagée au nom des intérêts de la profession ; les actions du comité d'entreprise en nullité d'un plan social, et du CHSCT dans le cas d'un danger grave et imminent (cf. ci-après). Les conditions de ce devoir d'information du salarié par l'institution représentative ont été posées par le législateur. Le Conseil constitutionnel les a renforcées.

A. Des garanties posées par le législateur**1. Accor d tacite**

Le syndicat n'a pas à justifier d'un mandat du salarié pour exercer en justice les actions le concernant. Mais, sauf en ce qui concerne la défense des intérêts collectifs de la profession, le salarié doit avoir été averti de l'intention du syndicat, ne pas avoir déclaré s'y opposer, et peut toujours intervenir dans l'instance engagée en son nom. En d'autres termes, le silence du salarié vaut accord implicite à la procédure. Et l'information du salarié n'a pas à être renouvelée lorsque le syndicat forme un pourvoi en cassation (Cass. crim. 3 octobre 1990, n° 353, 88-82.005, CFTD c/. Magdelaine).

2. Forme

Les formes dans lesquelles le syndicat doit avoir averti le salarié sont libres, sauf :

- en matière d'égalité professionnelle, l'intéressé doit avoir été averti par écrit de l'intention du syndicat ;
- s'il s'agit de faire sanctionner des agissements de harcèlement sexuel, le syndicat doit justifier d'un accord écrit de l'intéressé ;
- pour un salarié précaire, ou licencié pour un motif économique le syndicat doit l'avoir informé de son intention par lettre recommandée avec accusé de réception.

3. Délai indicatif

Dans certains cas, un délai de quinze jours est accordé au salarié pour faire connaître sa position, son silence valant dans tous les cas accord implicite (cf. tableau p. 487). Ce délai de réflexion doit-il être écoulé avant ou au plus tard le jour de l'introduction de l'action pour que l'accord du salarié soit réputé tacitement acquis ? La Cour de Cassation estime qu'il suffit que la lettre d'information soit adressée au salarié, donc non encore reçue par lui, le jour même de l'introduction de l'instance, dès lors qu'un délai de plus de quinze jours s'est écoulé entre la notification au salarié et le jour où le Conseil des Prud'hommes

s'est prononcé (Cass. Soc. 1er février 2000, n° 667 P, SA Servair c/ Lasne et a.). Ainsi, si le salarié manifeste son intention de s'opposer à l'instance, il ne pourra le faire que lorsque celle-ci sera engagée, ce qui pose le problème de sa protection avec une particulière acuité, en particulier entre le moment où l'employeur aura connaissance de l'existence de la procédure engagée en lieu et place du salarié (où il supposera avec une certaine logique que celui-ci ne s'y est pas opposé) et celui où le salarié aura déclaré s'y opposer (v. cependant ci-après : Garanties du Conseil constitutionnel).

4. Formalité substantielle

L'avertissement du syndicat constitue une formalité substantielle, protectrice de la liberté du salarié, en sorte que le syndicat ne peut présenter d'autres demandes que celles mentionnées dans la lettre. Les autres demandes du syndicat qui n'ont pas fait l'objet d'une nouvelle lettre ne sont pas recevables (Cass. Soc. 1er février 2000, n° 98-46.201 P+B, UL CGT de la zone aéroportuaire de Roissy c/ SA Servair).

B. Des garanties renforcées par le Conseil Constitutionnel**1. Nul ne plaide par pr ocureur**

Le droit de substitution est contraire au principe "nul ne plaide par procureur". Le Conseil constitutionnel a du concilier la protection des salariés les plus faibles et leur liberté personnelle qui, comme la liberté syndicale, a valeur constitutionnelle (C. Const., DC 25 juillet 1989, JO 28 p. 9503). Il a ainsi déterminé certaines règles afin que soit garantie la liberté du salarié de conduire personnellement la défense de ses intérêts et de mettre un terme à l'action entreprise par le syndicat, ces règles s'imposant même pour les dispositions législatives antérieures à sa décision.

2. Une exigence d'information plus complète

La lettre adressée par le syndicat au salarié concerné doit contenir toutes précisions utiles :

- sur la nature et l'objet de l'action exercée ;
- sur la portée de l'acceptation du salarié ;
- sur le droit à lui reconnu de mettre un terme à tout moment à cette action.

3. Au syndicat de justifier qu'il a bien informé le salarié

L'acceptation tacite du salarié ne peut être considérée comme acquise qu'autant que le syndicat justifie, lors de l'introduction de l'action, que le salarié a eu personnellement connaissance de la lettre comportant les mentions susindiquées.

4. Des délais d'information plus rigoureux

Il faut donc que le salarié ait eu personnellement connaissance de la lettre du syndicat comportant les mentions obligatoires au plus tard le jour de l'introduction de l'instance. La Cour de Cassation estime cependant qu'il suffit que la lettre d'information soit adressée au salarié, donc non encore reçue par lui, le jour même de l'introduction de l'instance (Cass. Soc. 1^{er} février 2000, préc. V. Jurisprudence sociale Lamy n° 53, 7/3/2000 p. 16). Mais l'efficacité syndicale ainsi privilégiée peut avoir des conséquences pour le salarié, ainsi exposé à des représailles patronales avant même d'avoir pu mettre fin à l'action. Cette interprétation "souple" de l'obligation d'informer le salarié peut à la rigueur se comprendre par un souci de favoriser l'efficacité de l'action syndicale, en particulier lorsqu'il s'agit d'obtenir la requalification d'un contrat à durée déterminée alors que le salarié concerné est encore présent dans l'entreprise. Mais le problème de la protection de ce dernier contre d'éventuelles représailles patronales se pose avec une particulière acuité, entre le moment où l'employeur aura connaissance de l'existence de la procédure engagée

en lieu et place du salarié (et il supposera avec une certaine logique que celui-ci par son silence aura donné son accord tacite), et celui où le salarié concerné aura déclaré le cas échéant s'y opposer. Le syndicat aura alors à cœur d'informer le salarié en temps voulu, c'est-à-dire avant la saisine du conseil des prud'hommes, et en lui laissant un délai suffisant pour s'opposer s'il le souhaite au dépôt de cette demande en son lieu et place.

5. Application aux dispositions législatives antérieures

Même lorsque les dispositions législatives antérieures à 1989 n'en disposaient pas ainsi, les réserves du Conseil constitutionnel formulées en 1989 trouvent à s'appliquer. Ainsi, par exemple :

- le législateur n'a jamais explicité l'obligation d'information du salarié sur sa possibilité de mettre fin à l'action à tout moment : cette information devient obligatoire ;
- ni que la charge de la preuve de l'information du salarié pesait sur le syndicat qui s'y est substitué : au syndicat d'apporter cette preuve en usant de la technique de la lettre recommandée ;
- le délai de réponse de quinze jours imparti au salarié dans certains cas pour faire connaître son opposition (v. tableau) devient purement indicatif : le salarié resté silencieux doit pouvoir intervenir ou mettre un terme à tout moment à l'action engagée en son nom.

II.

Le droit de substitution ne bénéficie pas toujours au salarié

Cependant, ces garanties renforcées ne doivent pas occulter le fait que le droit de substitution ne bénéficie pas toujours au salarié. Que lorsque ce bénéfice lui est acquis, c'est au prix de son identification sans équivoque par l'employeur. Que le droit d'ester en justice est encore très mal protégé, même pour le salarié substitué. Qu'ainsi, le droit de substitution ne protège pas efficacement le salarié substitué.

A. Le droit de substitution syndical bénéficie directement au salarié

Seul le droit de substitution syndical bénéficie directement au salarié, ce qui n'est pas le cas des actions entreprises par les autres institutions représentatives du personnel.

1. Le syndicat et l'intérêt collectif de la profession

Le syndicat peut ester en justice et exercer devant toutes les juridictions tous les droits réservés à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession

qu'il représente (C. trav. art. L. 411-11). Le syndicat bénéficie d'un droit propre, se poursuivant même si le salarié s'est désisté (Cass. Soc. 15 novembre 1995, n° 4421 D, CGT Turbomeca c/ Turbomeca). Cependant, il semble qu'il y ait là une divergence entre la chambre sociale de la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat. En effet, pour le Conseil d'Etat, l'action du syndicat est admise pour poursuivre l'annulation de l'autorisation de licenciement d'un représentant du personnel au nom de l'intérêt de la profession, alors même que l'intérêt personnel de celui-ci est en cause (CE 10 avril 1992), mais pour la Cour de Cassation l'action du syndicat n'est pas admise pour demander la réintégration du délégué, sauf mandat de celui-ci (Cass. Soc. 22 mars 1995).

2. Extension du droit de substitution

Au fil des réformes législatives, les domaines dans lesquels les syndicats ont le droit de se substituer aux salariés vont en se multipliant (v. tableau). Par exemple :

a) Action en faveur des syndiqués liés par une convention collective

L'action d'un syndicat tendant à voir reconnaître à certaines catégories de salariés des droits qui leur étaient jusqu'alors refusés par suite d'une interprétation restrictive des dispositions de la convention collective en question (C. trav. art. L. 135-4, v. tableau) est recevable en elle-même et en dehors de tout litige particulier, né et actuel (Cass. Soc. 6 décembre 1979. BC V, n° 957).

Un syndicat peut, sur le fondement de l'article L. 135-4 du Code du travail, obtenir la condamnation de l'employeur au paiement de sommes dues aux adhérents en application d'une convention collective (Cass. Soc. 20 juin 1990 : BC V n° 308).

b) Action en faveur des travailleurs étrangers

Une Union des syndicats CFTD, agissant au nom de trois travailleurs étrangers, a saisi et obtenu de la juridiction prud'homale sur le fondement de l'article L. 341-6-2 le paiement de diverses sommes à titre, notamment, d'heures supplémentaires et d'indemnités sanctionnant la violation des règles sur l'emploi des étrangers (C. trav. art. L. 341-6-1) (Cass. Soc. 22 novembre 1995, n° 4553 D, Kambay Douang Praseuth et a. c/ US CFTD de la région havraise).

3. Information du juge

L'action de substitution que peut exercer un syndicat lui est personnelle, et n'est pas une action par représentation des salariés qui lui permet d'assister ou de représenter un salarié devant le conseil des prud'hommes. Dès lors, le syndicat n'est pas tenu d'indiquer dans la déclaration de pourvoi les nom, prénoms, profession et domicile des salariés en faveur desquels il agit (Cass. soc. 1^{er} février 2000, UL CGT c/ SA Servair préc.).

4. Avant-projet de loi sur la modernisation sociale

L'avant-projet de loi sur la modernisation sociale, présenté en conseil des ministres le 24 mai dernier, prévoit l'extension du droit de substitution des syndicats et du droit d'alerte des délégués du personnel aux cas de discriminations (projet de loi n° 2415 enregistré à la présidence de l'Assemblée Nationale le 24 mai 2000).

B. L'action des autres institutions représentatives ne bénéficie pas directement aux salariés

1. L'action du délégué du personnel en cas d'atteinte aux libertés des salariés

Un délégué du personnel peut alerter l'employeur lorsqu'il constate, notamment par l'intermédiaire d'un salarié, qu'il existe une atteinte aux droits des personnes ou aux libertés individuelles dans l'entreprise qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnée au but recherché. A défaut

de solution trouvée avec l'employeur, le salarié, ou le délégué si le salarié concerné averti par écrit ne s'y oppose pas, saisit le bureau de jugement du Conseil des Prud'hommes qui statue selon les formes applicables au référé. Mais le délégué du personnel ne tient pas des dispositions de l'article L. 422-1-1 du Code du Travail le pouvoir d'agir en nullité des licenciements prononcés par l'employeur à la suite d'une atteinte aux droits des personnes ou aux libertés individuelles. Ce texte confère seulement au délégué du personnel le pouvoir d'agir à l'effet de réclamer le retrait d'éléments de preuve obtenus par l'employeur par des moyens frauduleux qui constituent une atteinte aux droits des personnes ou aux libertés individuelles (Cass. Soc. 10 décembre 1997, Aubin c/ Sté Euromarché "Carrefour" ; DO 1998 p. 224).

2. L'action d'un membre du CHSCT en cas de danger grave et imminent

a) Principe

L'action du membre du CHSCT alertant l'employeur n'est pas une action juridictionnelle. Cependant, elle trouve sa place dans cette étude dans la mesure où la saisine de l'employeur par le représentant des salariés au CHSCT permettra par la suite, le cas échéant, au salarié de bénéficier des conséquences de la faute inexcusable de l'employeur (cf. ci-après). Si un représentant du personnel au CHSCT constate qu'il existe une cause de danger grave et imminent, notamment par l'intermédiaire d'un salarié qui s'est retiré de sa situation de travail, il en avise immédiatement l'employeur (C. trav. art. L. 231-9). Le membre du CHSCT doit consigner par écrit le signalement du danger dans un registre spécialement tenu à sa disposition à cet effet par l'employeur (C. trav. art. R. 236-9). Le signalement écrit comporte l'indication du ou des postes de travail concernés, la nature du danger et de sa cause, ainsi que le nom du ou des salariés exposés (C. trav. art. R. 236-9). Ce dernier n'est pas nécessairement informé de l'engagement de la procédure d'alerte, et n'a pas légalement la possibilité de s'y opposer.

b) Faute inexcusable de l'employeur

L'existence de la faute inexcusable de l'employeur est de droit pour le salarié qui serait victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle alors que lui-même ou un membre du CHSCT avait signalé à l'employeur le risque qui s'est matérialisé (Cass. Soc. 4 mars 1999, n° 805 D. M. Develle c/ Sté Bongarzone et CPAM Haute-Marne). La faute inexcusable, rappelons-le, permet au salarié de bénéficier d'une réparation complémentaire à la réparation forfaitaire versée par la sécurité sociale au titre du risque accident du travail. Cette réparation complémentaire couvre la quasi-totalité du préjudice non couvert par le régime accident du travail (J.P. Chauchard "Droit de la sécurité sociale", p. 384. LGDJ, 1998).

3. L'action du comité d'entreprise en nullité d'un plan social

Traditionnellement, la compétence des comités d'entreprise à agir en justice se limite à la défense de leurs propres intérêts domestiques : ils ne tiennent d'aucune disposition légale le pouvoir d'exercer une action en justice au nom des salariés (Cass. Soc. 18 mars 1997 préc.). Dans certains cas cependant, la loi leur a confié un rôle particulier, notamment dans la procédure d'élaboration d'un plan social. Se pose alors la délicate articulation entre le droit du comité d'entreprise de contester la validité d'un plan social et le droit des salariés à bénéficier des conséquences de la nullité du dit plan social. Par ailleurs, il semble que la jurisprudence évolue en faveur d'une reconnaissance du droit du comité d'entreprise à ester en justice en contestation de mesures qui, en conséquence, "ne seraient pas opposable aux salariés". Il en est ainsi de l'application de l'article L.122-12.

a) De la nullité de la procédure de licenciement...

Dans les entreprises employant au moins cinquante salariés, lorsque le nombre de licenciements est au moins égal à dix dans une même période de trente jours, l'employeur doit établir et mettre en œuvre un plan social pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre et pour faciliter le reclassement du personnel dont le licenciement ne pourrait être évité. La procédure de licenciement est nulle et de nul effet tant qu'un tel plan n'est pas présenté par l'employeur au comité d'entreprise (C. trav. art. L. 321-4-1).

b) ...à la nullité des licenciements

Le comité d'entreprise (Cass. Soc. 6 juillet 1999 : RJS 1999.771, n° 1244), ou un syndicat malgré l'accord du comité d'entreprise (Cass. Soc. 13 juillet 1993 : BC V n° 204) a la faculté de contester en justice l'insuffisance du plan social. La nullité du plan social s'étend à tous les actes subséquents, et en particulier aux licenciements prononcés par l'employeur (Cass. Soc. 13 février 1997, Samaritaine c/ Benoist, DO 1997 p. 96, obs. P. Moussy).

Mais le comité d'entreprise ne tient d'aucune disposition légale le pouvoir d'exercer une action en justice au nom des salariés (Cass. Soc. 18 mars 1997, n° 1294 P, SA Allianz c/ Vialle et a.). Il appartient aux salariés licenciés de faire valoir eux-mêmes devant le conseil des prud'hommes en référé que les licenciements constituaient la suite et les conséquences de la procédure de licenciement collectif et sont eux-mêmes nuls (Cass. Soc. 13 février 1997 précité). La prescription de l'action des salariés est de cinq ans, sans que ceux-ci puissent prétendre au cumul de l'indemnisation au titre du licenciement (indemnités légales ou conventionnelles, dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse) avec

celle inhérente à la nullité du licenciement (rappel de salaires depuis le jour de leur licenciement jusqu'au jour de leur réintégration : Cass. Soc. 28 mars 2000, n° 98-40228 P, Jeumont Schneider transformateurs c/ Belocouff et a., DO 2000 p. 245). La prescription quinquennale sera-t-elle opposable à l'action du comité d'entreprise ? La question reste en suspens. Une autre réponse pourrait être apportée par l'application de la prescription de droit commun, qui est la prescription trentenaire (art. 2262 C. Civ.), ce qui serait logique en matière de nullité. Coexisteraient ainsi deux régimes de prescription : la prescription trentenaire, pour l'annulation de la décision patronale (le plan social et le droit à réintégration), la prescription quinquennale pour les conséquences de cette annulation (le rappel de salaires).

Les salariés licenciés conservent un droit propre à faire valoir que leur licenciement est nul au regard des dispositions de l'article L. 321-4-1, et ce même si le comité d'entreprise a été débouté de sa demande d'annulation du plan social devant le tribunal de grande instance statuant en référé. La décision du conseil de prud'hommes statuant en référé, ordonnant la réintégration des salariés dès lors qu'il a constaté que le plan social était manifestement insuffisant, a été approuvée par la Cour de cassation (Cass. Soc. 30 mars 1999, BC V n° 144, DO 1999 p. 365, note H. Tourniquet).

4. L'action du comité d'entreprise en contestation de l'application de l'article L. 122-12

L'article L. 122-12 du Code du travail dispose qu'en cas de "modification de la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise". Conçu en 1927 pour protéger les salariés dans les cas de restructuration d'entreprises en obligeant tout nouvel employeur à reprendre les contrats de travail des salariés participant à l'activité transférée d'une entreprise à l'autre, cet article est aujourd'hui utilisé par de grands groupes dans des opérations d'extériorisation de leur main d'œuvre. Se séparant d'une partie de leurs activités pour mieux "se recentrer sur leur métier", ces grandes entreprises en profitent du même coup pour se séparer d'une partie de leurs salariés sans avoir à mettre en place un plan social, alors que ces derniers se retrouvent souvent dans des conditions sociales beaucoup moins favorables que dans leur entreprise d'origine.

Pour la première fois semble-t-il, deux comités d'établissement concernés par l'application par leur entreprise commune de l'article L. 122-12 ont agi en justice afin de contester l'application de cet article (Soc. 18-7-2000, DS 2000.850, obs. G. Couturier).

La question de la compétence des comités d'établissement à agir n'a, semble-t-il, pas été soulevée. La chambre sociale de la Cour de cassation n'a pas plus soulevé ce moyen d'office, comme elle en a le droit (art. 16 NCPC). Il semblerait que la modification apportée par le législateur à la compétence traditionnelle du comité d'entreprise en 1982 ait enfin porté ses fruits. On le sait, depuis près de vingt ans le comité d'entreprise n'a plus pour mission de "coopérer avec la direction", mais "pour objet d'assurer une expression collective des salariés, permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise" (C. trav., art. L. 431-4).

La conséquence immédiate pour les salariés en est que, lorsque l'application de l'article L. 122-12 du Code du travail est contestée valablement par un comité d'entreprise devant le TGI, cet article leur est

"inopposable". Il leur appartient donc, le cas échéant, de contester son application abusive par l'employeur devant les conseils de prud'hommes. Au passage, on relèvera que le comité d'entreprise pourrait peut-être là aussi se substituer aux salariés sans avoir à les informer de son intention, ni des conséquences de son action.

Les salariés ont ainsi la garantie de rester dans l'anonymat le plus complet tant qu'ils ne sont pas disposés à faire valoir individuellement leurs droits. Reste à savoir ce qu'il adviendra si certains salariés trouvaient avantage à l'application de l'article L. 122-12, alors que celui-ci aura été jugé inapplicable par le TGI : ceux-ci seront-ils fondés à en demander et en obtenir l'application devant le Conseil des Prud'hommes ? On peut penser que la solution adoptée par la Haute Juridiction serait la même que pour la contestation de la validité du plan social (cf. supra).

III.

Le droit de substitution protège mal le salarié du licenciement

A. Le salarié ne bénéficie pas directement de l'action syndicale ou représentative

1. Son anonymat est préservé vis-à-vis de l'employeur...

Ce sera le cas à chaque fois que le salarié ne bénéficie pas directement des résultats de l'action engagée par le syndicat ou l'institution représentative en ses lieu et place (v. tableau). C'est seulement lorsque le salarié aura décidé de faire valoir ses droits fondés sur les résultats de l'action syndicale ou représentative qu'il devra accepter d'être identifié par l'employeur. L'absence d'automatisme entre les résultats de l'action collective et son bénéfice individuel a pour contrepartie le choix pour le bénéficiaire du moment où il devra se dévoiler (souvent lorsqu'il n'est plus dans l'entreprise).

2. ...sauf dans un cas

Mais dans un cas l'identité du salarié doit en principe être dévoilée alors même que celui-ci ne peut prétendre au bénéfice direct de l'action entreprise en son nom : c'est lorsque le délégué du personnel alerte l'employeur d'une atteinte aux libertés individuelles.

Exemple :

Les salariés en faveur de qui le délégué du personnel prétendait agir étaient déjà licenciés. Seuls les éléments de preuve obtenus par l'employeur par des moyens frauduleux devaient être écartés comme cause de licenciement. L'action du délégué est donc restée sans effet sur l'effectivité du licenciement des salariés

substitués. Le litige ne portant pas sur ce point, il n'est nulle part fait mention de ce que les salariés concernés aient été avertis par écrit et ne se soient pas opposés à l'instance (Cass. Soc. 10 décembre 1997 précité). Il n'en demeure pas moins que c'est la règle énoncée par l'article L. 422-1-1.

B. Bénéfice direct de l'action syndicale

1. Nécessaire identification sans équivoque du salarié

Si un syndicat peut, sur le fondement de l'article L. 135-4 du Code du Travail et sans avoir à justifier d'un mandat, intenter une action en justice en faveur de ses membres, et obtenir la condamnation de l'employeur au paiement de sommes dues aux adhérents en application d'une convention collective, c'est à la condition que ces derniers, identifiés ou identifiables sans équivoque, aient été avertis de la demande et n'aient pas déclaré s'y opposer (Cass. Soc. 20 juin 1990, BC V n° 308).

Doit ainsi être cassé l'arrêt qui accueille la demande d'un syndicat, alors que ce dernier n'a pas indiqué le nom de ses adhérents, ni précisé la qualité exacte et la rémunération de ceux de ses membres au nom desquels il déclare agir, ce qui rend impossible la détermination de leurs droits individuels, la vérification de ce qu'ils avaient été avertis de l'action et le prononcé d'une condamnation au profit de chacun d'eux (Cass. Soc. 3 novembre 1972 : BC V n° 595).

2. Or, le droit d'ester en justice est mal protégé

a) *Seuls les actions en justice pour la défense de certains droits fondamentaux sont efficacement protégés contre licenciement*

Le droit de voir sa cause entendue par un tribunal impartial est un droit fondamental qui fait l'objet de nombreux traités internationaux (not. Convention Européenne des Droits de l'Homme, art. 6). En France cependant, le droit pour un salarié de voir sa cause entendue par un tribunal impartial lorsqu'un différend l'oppose à son employeur n'est efficacement protégé par la nullité du licenciement que lorsque l'action en justice porte sur :

- l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, la nullité concernant aussi bien le salarié qui agit directement que le salarié substitué (C. trav. art. L. 123-6) ;
- le harcèlement sexuel, le témoin étant protégé au même titre que la victime (C. trav. art. L. 122-46), ce qui n'est pas le cas d'un salarié témoin d'une mesure inégalitaire sexiste.

Cette protection efficace, la nullité du licenciement, permet au conseil des prud'hommes d'ordonner en référé la réintégration forcée du salarié, c'est-à-dire la poursuite du contrat de travail qui, en droit, n'a jamais été rompu, et ce sous astreinte.

Les licenciements et toutes les mesures discriminatoires, dont une liste quasi-exhaustive est donnée à l'article L. 122-45 du Code du Travail (c'est-à-dire, rappelons-le, le licenciement, la sanction ou le refus de recrutement par l'employeur du salarié en raison de son origine, de son sexe, de ses moeurs, de sa situation de famille, de son appartenance à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses opinions religieuses ou, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail, de son état de santé ou de son handicap, de son exercice normal du droit de grève), sont également nuls de plein droit. Le droit d'ester en justice contre de telles mesures discriminatoires n'est donc qu'indirectement protégé contre le licenciement : c'est en effet parce que le licenciement est discriminatoire que le salarié discriminé pourra en obtenir l'annulation devant le juge. L'hypothèse d'un licenciement en représailles d'une action en justice du salarié contre une mesure discriminatoire de son employeur autre que le licenciement n'est pas expressément évoquée.

Directive européenne et lutte contre toutes les discriminations. - Une directive européenne récente fait obligation aux Etats européens d'introduire dans leur système juridique interne les mesures nécessaires pour protéger les personnes contre tout traitement ou toute conséquence défavorable en réaction à une

plainte ou à une action en justice visant à faire respecter le principe de l'égalité de traitement, et ce au plus tard le 19 juillet 2003 (Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, article 9 : Protection contre les rétorsions ; Journal officiel des communautés européennes, n° L. 180 du 19/07/2000 p. 0022). Cette disposition renforce la loi française en étendant les cas de nullité du licenciement à raison d'une action en justice dirigée contre une décision discriminatoire de l'employeur fondée sur le sexe (C. trav. art. L. 123-6 préc.) et le harcèlement sexuel (C. trav. art. L. 122-46) aux représailles patronales contre des procédures fondées sur une discrimination raciale ou ethnique. La France devrait donc compléter son droit national en ce sens. Mais l'action en justice pour obtenir le respect du principe "à travail égal, salaire égal", sans que soit invoquée une discrimination fondée sur le sexe ou la race ne semble pas encore prise en compte, même au niveau européen.

b) *Tous les droits fondamentaux ne sont pas aussi bien protégés*

Aucune protection particulière ne protège le droit d'ester en justice en dehors des seules hypothèses précitées, même lorsque l'action juridictionnelle tend elle-même, on l'a vu, à la défense d'un autre droit fondamental, voire d'un devoir civique. Quant aux autres libertés fondamentales, elles sont elles-mêmes inégalement, et plutôt mal, protégées : les fluctuations de la jurisprudence concernant la liberté d'expression en sont l'illustration.

1) LIBERTÉ D'EXPRESSION

Le retentissant "arrêt Clavaud" (Cass. Soc. 28 avril 1988, DO 1988, p. 250) avait permis à la Cour de Cassation de justifier la nullité du licenciement d'un salarié qui avait usé, hors de tout abus, de sa liberté d'expression sur ses conditions de travail, et ce en dehors de l'entreprise, par une interview donnée à un journal politiquement engagé, qui n'était autre que l'Humanité. C'est au prix de savantes contorsions, qui ont donné lieu à quelques commentaires critiques sur le plan technique (V. not. J.-E. Ray, note sous Cass. soc. 14 décembre 1999, DS 2000, p. 165 ; sur cet arrêt, voir également DO 2000 p. 247), que la Cour de Cassation avait fait procéder la liberté d'expression hors de l'entreprise du "droit d'expression dans l'entreprise" (C. trav. art. L. 461-1). Ce dernier "étant, en principe, dépourvu de sanction, il ne pouvait en être autrement hors de l'entreprise où il s'exerce, sauf abus, dans toute sa plénitude". L'intérêt de l'exercice, qui était de passer du particulier au général (comme si au fond un fleuve pouvait "remonter son cours", comme le montre brillamment M. l'Avocat général Ecoutin dans ses conclusions sous l'arrêt Clavaud,

DO 1988, p. 250), était de trouver un texte qui permettait de justifier la réintégration de l'ouvrier Clavaud dans son entreprise, pour éviter de rompre avec le principe jurisprudentiel non écrit "pas de nullité sans texte". Aucun texte ne protégeant du licenciement le salarié usant de sa liberté constitutionnelle d'expression hors de l'entreprise (Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, art. 11), l'article L. 461-1 concernant le droit d'expression des salariés dans l'entreprise prévoyait opportunément que celui-ci ne pouvait "*motiver une sanction ou un licenciement*".

On sait que, depuis lors, cet arrêt est demeuré un arrêt d'espèce (Arrêt Dunlop ou jurisprudence Clavaud ? Note Antoine Jeammaud et Martine Le Friand sous arrêt Clavaud, DO 1988, p. 252) : aucun autre cas de réintégration d'un salarié licencié en raison de sa liberté d'expression n'a été ordonné, semble-t-il, par les juges du fond, ni approuvé par la chambre sociale. Plus préoccupant, la chambre sociale a "*rectifié l'erreur commise par l'arrêt Clavaud du 28 avril 1988*" (J.-E. Ray préc.) en précisant dans une décision récente que "*le salarié jouit, dans et en dehors de l'entreprise, de sa liberté d'expression*" (Cass. soc. 14 décembre 1999 préc.). Or "l'erreur" critiquée était celle qui avait permis à la chambre sociale d'approuver pour la première - et unique - fois la nullité du licenciement d'un salarié non spécialement protégé à raison de l'exercice d'une liberté fondamentale sans qu'un texte ne prévoit expressément cette nullité (Antoine Jeammaud et Martine Le Friand, note sous l'arrêt Clavaud préc.).

La liberté d'expression qui est l'apanage du citoyen-salarié, comme concept juridique gagne certainement en clarté de ne plus être confondue avec le droit d'expression du salarié-citoyen dans sa seule entreprise (J.-E. Ray préc.). Les salariés-citoyens licenciés en raison de l'usage qu'ils font dans leur entreprise de cette liberté constitutionnelle du citoyen-salarié y gagnent-ils une protection efficace contre le licenciement ? C'est tout le contraire.

2) DEVOIR CIVIQUE D'APPORTER SON CONCOURS AUX AUTORITÉS

Devoir de témoigner en justice, y compris contre son employeur. - Une femme de ménage est licenciée en raison de ce qu'elle avait apporté son témoignage en justice en faveur de l'ex-conjointe de son employeur dans une procédure de divorce : toute personne étant tenue d'apporter son concours à la justice, le témoignage en justice d'un salarié ne peut constituer une faute ni une cause de licenciement (Cass. Soc. 23 novembre 1994, Sellem c/ Labonde, DO 1995 p. 271). Le licenciement sera certes indemnisé, mais la salariée est licenciée tout de même.

Refus d'obéir à un ordre illégal. - Pour un cadre supérieur licencié pour refus d'obéir à un ordre illégal et impossible à exécuter, en l'occurrence le refus des

administrateurs de donner suite à une mesure d'expertise comptable décidée par le comité d'entreprise dont le cadre supérieur était le président. Pas de faute lourde, mais licenciement tout de même (Cass. Soc. 12 mars 1991, Tavernier c/ Sté Turbomeca, DO 1992 p. 38). L'admission du licenciement même non causé est d'autant plus sévère lorsque les actes illicites sont le fait d'un supérieur hiérarchique et visent à réaliser des opérations frauduleuses au détriment de l'employeur : le salarié se doit alors de refuser d'exécuter les ordres reçus, sous peine de commettre une faute grave en ne le faisant pas (Cass. crim. 8 janvier 1991, RJS 3/91, n° 321), alors que le refus d'accomplir les actes illicites risque d'entraîner la rupture du contrat de travail. Cette rupture sera certes imputable à l'employeur (Paris, 25 juin 1995, RJS 8-9/95, n° 870), mais il y aura rupture (indemnisée) tout de même, et non nullité du licenciement.

Dénonciation de l'employeur à l'inspecteur du travail. - Un salarié est licencié pour avoir porté à la connaissance de l'inspecteur du travail des faits concernant l'entreprise et lui paraissant anormaux, sans qu'il soit constaté que les accusations portées par le salarié sont mensongères ou non, ni rechercher si le salarié a agi avec légèreté ou mauvaise foi, et alors que ce fait ne constitue pas en soi une faute (Cass. Soc. 14 mars 2000, n° 97-143.268 P, Pitron c/ Cunéaz). Mais en l'absence de faute, le licenciement sera seulement indemnisé pour défaut de cause réelle et sérieuse.

Devoir d'alerter les autorités des manquements graves de l'employeur. - Une autre affaire donne un sentiment de franc malaise. Des laborantines sont licenciées en raison de l'abus de la liberté d'expression dont elles se seraient rendues coupables. Elles ont en effet "*participé activement à une campagne de dénigrement menée contre leur employeur, qui avait entraîné la fermeture administrative du laboratoire*" (Cass. Soc. 4 février 1997, DS 1997, p. 413). Le problème, c'est que la fermeture administrative du laboratoire était bien justifiée en raison des pratiques illicites et dangereuses pour la santé publique de leur employeur dans la mise en œuvre de tests sanguins de dépistage du sida (obs. Jean Savatier, DS 1997 préc., p. 414). Au fond, la véritable faute de ces laborantines est d'avoir agi avec maladresse, c'est-à-dire publiquement par la participation à une campagne de presse avec l'association Act'Up, dans la mise en œuvre de leur devoir civique d'alerte des autorités compétentes des agissements gravement fautifs de leur employeur. Mais la fermeture du laboratoire aurait-elle été obtenue en dehors de cette pression médiatique doublement sanctionnée pour les salariées (licenciement et licenciement justifié) ?

IV.

En guise de conclusion : la liberté syndicale, protection de substitution ?

Il n'y a guère de problème de sécurité juridique pour les salariés concernés par les instances engagées par les membres du CHSCT ou le comité d'entreprise. Les représentants élus n'ont ni à informer ni à faire la preuve d'un quelconque accord tacite des salariés, et ces derniers pourront invoquer le bénéfice de la faute inexcusable de l'employeur (CHSCT) ou la nullité des licenciements économiques (comité d'entreprise) au moment qui leur semblera opportun.

Cependant, dans une procédure d'alerte en cas d'atteinte aux libertés déclenchée par un délégué du personnel, le salarié substitué peut ne subir que l'inconvénient du droit de substitution (identification auprès de l'employeur, cf. ci-dessus), sans son avantage (bénéfice direct de la procédure intentée en son nom). Invoquer la violation du droit syndical ne serait sans doute d'aucun secours, surtout si le délégué du personnel a été élu sur une liste de non syndiqués. L'entrave au fonctionnement de la délégation du personnel serait-il retenu ? La question ne semble jamais avoir été posée. Quand bien même, le problème de la nullité du licenciement du salarié substitué resterait entière. En l'absence d'intervention législative, une solution médiane consisterait, comme la Cour de cassation l'a déjà admis dans un contexte voisin qui concernait la jurisprudence - aujourd'hui caduque - de l'existence de la section syndicale (Cass. Soc. 20 octobre 1993, Malo c/ UD CFDT Yvelines), à autoriser le juge à s'assurer de l'existence du salarié substitué tout en refusant d'en communiquer l'identité à l'employeur : ce contrôle judiciaire garantirait les droits de la défense (ici l'employeur) au prix d'une entorse bénigne au principe du contradictoire.

Le salarié auquel s'est substitué le syndicat, on l'a vu, doit être identifié ou identifiable sans équivoque pour bénéficier directement de l'action syndicale. Ce

salarié peut bien évidemment s'opposer à l'instance dans les conditions examinées supra, ou encore renoncer momentanément au bénéfice de la procédure, c'est-à-dire ne pas être identifié. Il peut donc refuser de courir le moindre risque, et il choisira généralement prudemment le moment où son contrat de travail a été rompu pour faire valoir ses droits. Mais si le salarié agit avant la rupture, que les risques de représailles ont mal été évalués, et que l'action syndicale de substitution pour l'obtention d'un avantage refusé se transforme en licenciement abusif, le salarié ne bénéficie à ce titre et a priori d'aucune protection particulière. Sans doute pourra-t-il faire valoir qu'il a été sanctionné ou licencié en raison de "ses activités syndicales", bien qu'ici ce soit le syndicat qui aura agi et non le salarié. Tout au moins, si le syndicat a agi sur le fondement de l'article L. 135-4 en faveur de ses membres, le salarié pourra-t-il s'appuyer sur la notion extensive de l'activité syndicale développée par la Cour de Cassation (Cass. soc. 4 mai 1994, Hilario et a. c/ SARL Wim Vos France, n° 2047 D) : auquel cas il serait protégé contre la discrimination syndicale (C. trav. art. L. 412-2), la nullité du licenciement pouvant intervenir après coup (C. trav. art. L. 122-45).

Ces considérations conduisent à conseiller aux salariés comme aux représentants du personnel non syndiqués, de franchir le pas et de rejoindre les rangs du mouvement syndical. Mais ces considérations conduisent aussi à conseiller aux syndicats d'entreprise à utiliser plus largement le droit de substitution, en concertation avec les salariés concernés et en articulation avec l'action collective, qui est finalement la meilleure garantie d'emploi que l'on ait trouvée.

Henri Peschaud.

Tableau synoptique des cas de substitution

Le droit de substitution selon son objet et l'institution concernée						
Objet	Institution	Accord du salarié		Délai de réponse	Information de l'employeur	Bénéfice direct au salarié
		Tacite	Ecrit			
Intérêt collectif de la profession (L. 411-11)	syndicat même non représentatif	le syndicat peut poursuivre l'action même si le salarié y met fin				
Syndicat signataire d'un accord collectif (L. 135-5)	syndicat représentatif	non	non	le salarié ne peut intervenir dans la procédure	le salarié n'est pas identifié sauf lorsqu'il choisit de faire valoir ses droits	non
Insuffisance ou absence de plan social (L. 321-4-1 + jurisprudence)	syndicat représentatif et/ou comité d'entreprise					
Danger grave et imminent (L. 231-9)	membre du CHSCT					
Atteinte aux libertés individuelles (L. 422-1-1)	délégué du personnel	oui	non	le salarié peut intervenir à tout moment dans l'instance et aussi y mettre fin	sous réserve de la jurisprudence	oui
Travailleurs à domicile (L. 721-19, 2 ^{ème} al.)	syndicat existant dans la région					
Syndiqués liés par un accord collectif (L. 135-4)	syndicat même non représentatif					
Salariés précaires (L. 122-3-16 : CDD ; L. 124-20 : travail temporaire)	syndicat représentatif					
Salariés victimes du délit de marchandage (L. 125-3-1)				15 jours, mais le salarié peut intervenir à tout moment dans l'instance et aussi y mettre fin	le salarié doit être identifié ou identifiable sans équivoque	
Discrimination sexiste (L. 123-6)	syndicat représentatif dans l'entreprise	non	oui			
Harcèlement sexuel (L. 123-6)						
Travailleurs étrangers (L. 341-6-2)	syndicat représentatif	oui	non	le salarié peut intervenir à tout moment dans l'instance et aussi y mettre fin		
Salariés d'un groupement d'employeur (L. 127-6)	syndicat représentatif dans l'entreprise					
Licenciement économique (L. 321-15)	syndicat représentatif					