

# Désignation des conseillers du salarié : funeste faille dans la protection ou erreur de taille du juge des référés ?

À propos d'une affaire *Virgin* (Référé départage), Paris, 11 avril 2007

par *Daniel BOULMIER*, Maître de conférences,  
Institut Régional du Travail, Université Nancy 2 - CERIT-CRDP, EA 138

## PLAN

- I. Protection et imminence de désignation ou de candidature
- II. Les faits
- III. La procédure d'établissement des listes de conseillers du salarié
- IV. La solution retenue par l'ordonnance

**Considérant l'absence de représentation des salariés dans les petites entreprises, la possibilité de recourir à un conseiller du salarié, à un moment le plus difficile de la relation contractuelle, celle de la procédure de licenciement, a constitué une véritable innovation. Les dispositions qui régissent le conseiller du salarié sont issues d'une loi de 1991 (1), loi qui répareit les quelques imperfections constatées après l'expérience du texte fondateur de 1989 (2).**

**Il y a déjà bien longtemps, nous avons alerté sur les missions de ce conseiller du salarié pour qu'il ne se trompe pas de rôle (3). Aujourd'hui notre intervention porte sur l'insuffisance de protection de ce conseiller du salarié lors de la phase préliminaire de constitution des listes préfectorales.**

## I. Protection et imminence de désignation ou de candidature

On sait que les salariés titulaires de divers mandats bénéficient, en cours d'exercice, d'un statut protecteur imposant à l'employeur de recourir à une autorisation administrative lorsqu'il entend rompre le contrat de travail. Le législateur étend parfois expressément ce statut protecteur aux hypothèses dans lesquelles le salarié n'a pas encore fait connaître, à l'employeur, sa décision d'être désigné ou d'être candidat, alors que celui-ci a cependant eu connaissance de l'imminence de cette désignation ou de cette candidature. Pour les mandats exercés dans l'entreprise, le Code du travail précise clairement que la connaissance par l'employeur de l'imminence de la désignation ou de la candidature, lui impose de mettre en œuvre la procédure protectrice. Ainsi en est-il, avant toute information de désignation ou de dépôt de candidature officielle, pour les postulants aux fonctions de : salarié mandaté pour négocier un accord collectif en cas de

carence de délégué syndical et d'institutions représentatives (4) ; salarié mandaté appelé à négocier un compte épargne temps dans les entreprises de moins de vingt salariés (5) ; délégué syndical (6) ; délégué du personnel (7) ; membre du comité d'entreprise (8) ; membre du comité d'entreprise européen et membre du groupe spécial de négociation (8 bis). À noter que si le représentant du salarié dans le cadre d'une procédure collective bénéficie de la protection en cours de mandat (9), le texte ne vise pas expressément la connaissance de l'imminence de la désignation.

D'autres mandats, exercés hors de l'entreprise bénéficient également d'un statut protecteur en cours de mandat ; il s'agit de celui de conseiller prud'homme (10), de conseiller du salarié (11), de représentant des salariés aux chambres d'agriculture (12) et de membre du conseil ou du conseil d'administration des institutions de Sécurité

(1) Loi n° 91-72 du 18 janvier 1991, Relative au conseiller du salarié, *JO* du 20 janvier 1991, p. 1047. V. J.-E. Ray « Une fausse bonne idée : "le conseiller du salarié" », *Dr. soc.* 1991, p. 476.

(2) Loi n° 89-549 du 2 août 1989, Modifiant le Code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion, *JO* du 8 août 1989, p. 9954.

(3) D. Boulmier, « Conseiller du salarié ou conseiller de l'employeur ? », *S.S. Lamy* n° 817, 2 décembre 1996, p. 3.

(4) Art. L. 132-26 III C. trav.

(5) Loi n° 2005-296 du 31 mars 2005 portant réforme de l'organisation du temps de travail dans l'entreprise, *JO* du 1<sup>er</sup> avril 2005, disposition applicable jusqu'au 31 décembre 2008.

(6) Art. L. 412-18 al. 6 C. trav.

(7) Art. L. 425-1 al. 5 C. trav.

(8) Art. L. 433-1 al. 4 C. trav.

(8 bis) Art. L. 439-23 C. trav.

(9) Art. L. 662-4 al. 2 C. comm.

(10) Art. L. 514-2 al. 2 C. trav.

(11) Art. L. 122-14-16 C. trav.

(12) Art. L. 515-4 C. rural.

sociale (13). Hormis le cas du conseiller prud'homme qui est également expressément protégé en cas de connaissance par l'employeur de l'imminence de sa candidature (14), pour les autres mandats les textes se contentent de renvoyer à l'obligation de mettre en œuvre la procédure protectrice prévue à l'article L. 412-18 C. trav., mais dans la seule hypothèse où le licenciement intervient en cours d'exercice du mandat. La protection n'est donc pas expressément envisagée au cas de la connaissance par l'employeur de l'imminence de la candidature.

Ainsi pour le conseiller du salarié qui nous intéresse ici au premier chef, l'article L. 122-14-16 C. trav. se limite à préciser que « *Le licenciement par l'employeur du salarié inscrit sur une liste dressée par le représentant de l'Etat dans le département, chargé d'assister des salariés convoqués par leurs employeurs en vue d'un licenciement, est soumis à la procédure prévue par l'article L. 412-18 du présent code* » (15). Le texte ne semble donc réserver la protection qu'aux salariés inscrits sur la liste établie par le représentant de l'Etat, ce qui écarterait toute protection

dans la phase préalable à l'établissement de cette liste, y compris dans le cas où l'employeur aurait connaissance de l'imminence de la candidature ! En l'absence de jurisprudence sur cette question, nous nous permettons d'affirmer que le silence du texte ne peut en aucun cas conduire à écarter la protection, dès lors que l'employeur a eu connaissance de l'imminence de la candidature aux fonctions de conseiller du salarié (16).

Cependant, il est clairement précisé par le Code du travail, lorsqu'il envisage la protection en cas de connaissance par l'employeur de l'imminence de la désignation ou de la candidature, que la preuve de cette connaissance repose sur le salarié demandeur. Faut-il alors, au cas du conseiller du salarié, adopter systématiquement cette même règle de preuve ? Rien n'est moins sûr, tant la procédure d'établissement des listes est particulière !

C'est ici qu'il faut nous décider à dire quelques mots de l'affaire qui a conduit à l'ordonnance de référé rapportée (16 bis) et à nous attarder sur la procédure d'établissement de la liste des conseillers du salarié.

## II. Les faits

Amandine Degoussée était salariée du magasin Virgin à Paris. Elle a été dans un passé récent détentrice de quelques mandats dont les périodes de protection étaient arrivées à leur terme. Elle restait toutefois bien présente à l'esprit de son employeur, dès lors qu'une action en justice pour discrimination syndicale avait été engagée devant le Conseil de prud'hommes.

Le 5 décembre 2006 elle est mise à pied et convoquée à un entretien préalable à un licenciement pour le 14 décembre ; puis elle est licenciée pour faute grave par courrier en date du 18 décembre 2006. Jusqu'à présent, rien que de très banal dans la vie quotidienne d'un salarié, dès lors que l'employeur a

l'initiative de la rupture, même dans les hypothèses où il sait très bien qu'il n'a pas de sérieux motifs pour rompre.

Le cas rapporté est cependant tout particulier puisque, à la date de son entretien préalable, la salariée avait déjà fait acte de candidature pour être conseillère du salarié. La question est donc de savoir si l'employeur avait connaissance de l'imminence de cette candidature, ce qui conditionne la mise en œuvre de la procédure protectrice.

La salariée saisit alors, en référé, le Conseil de prud'hommes pour faire constater qu'elle a été licenciée sans respect de la procédure protectrice et voir prononcer la nullité de son licenciement. L'argument majeur est celui de la connaissance par l'employeur de sa candidature aux fonctions de conseiller du salarié.

## III. La procédure d'établissement des listes de conseillers du salarié

Les désignations ou déclarations de candidatures pour les mandats exercés dans l'entreprise ne sont soumises à aucune procédure préalable imposée. Ces procédures préalables appartiennent aux seules organisations syndicales et peuvent (doivent) rester secrètes jusqu'à l'officialisation auprès de l'employeur. Ce n'est donc qu'en cas de « fuite » ou de recoupement que l'employeur peut avoir connaissance ou pressentir l'imminence de la désignation ou de la candidature.

Il n'en va pas de même de la procédure de désignation des conseillers du salarié, procédure légale qui, on va le voir, porte en elle-même une large divulgation des listes avant toute publication officielle.

En effet, selon le 1<sup>er</sup> alinéa de l'article D. 122-3 du Code du travail, « *Les listes de personnes qui peuvent assister les salariés sont préparées pour chaque département par le directeur départemental du travail et de l'emploi après consultation des organisations de salariés et d'employeurs les plus représentatives sur le plan national siégeant à la*

(13) Art. L. 231-11 du C. sec. soc.

(14) Art. L. 514-2 al. 2 C. trav.

(15) Cette protection vaut également pour une rupture en cours de période d'essai, Cass. soc. 26 octobre 2005, n° 03-44.751, *JCP E*, 2005, 1801, note D. Boulmier.

(16) L'article L. 231-11 C. séc. soc. (membre du conseil ou de l'administrateur salarié d'une institution de Sécurité sociale) et L. 515-4 C. rural (salarié exerçant un mandat de membre d'une chambre d'agriculture) restent également muets sur la question de la protection en cas de connaissance de l'imminence de la candidature.

(16 bis) Reproduite en annexe.

Commission nationale de la négociation collective, *dont les observations doivent être présentées dans le délai d'un mois* ».

Selon ce texte les organisations syndicales et les organisations patronales se voient donc communiquer les noms de toutes les personnes faisant acte de candidature. Ce n'est qu'ensuite que ces listes sont communiquées au préfet pour être publiées aux actes administratifs de la préfecture.

Au cas de l'espèce rapportée, le calendrier a été le suivant : la liste des conseillers du salarié pour Paris (sur laquelle figurait bien Amandine Degousee) a été transmise, par la DDTEFP, le 13 octobre 2006 aux organisations syndicales et aux organisations patronales. Cette liste a été validée par arrêté préfectoral daté du 17 novembre 2006 et publiée au recueil des actes administratifs de Paris le 29 décembre 2006.

Il est évident qu'à partir du moment où la liste des conseillers du salarié est diffusée aux organisations de salariés et aux organisations patronales, elle n'est plus confidentielle puisque tous les employeurs peuvent en avoir connaissance par l'intermédiaire d'une organisation patronale destinataire. C'est là toute l'acuité de la question : la large divulgation des listes avant publication au recueil des actes administratifs, vaut-elle présomption de connaissance par l'employeur de la candidature aux fonctions de conseiller du salarié ?

On peut, bien évidemment, s'étonner, à la lecture de l'article D. 122-3 C. trav. préc., que l'article L. 122-14-16 n'ait pas fait courir la protection des conseillers du salarié à la date de transmission des listes aux organisations patronales. La circulaire d'application du 5 septembre 1991 (17) semble consciente du problème que peut poser cette large divulgation préalable des listes. On peut en effet lire au neuvième alinéa du point 1.2-1 de cette circulaire que : « *La protection contre le licenciement intervient dès lors qu'est publiée la liste des conseillers du salarié arrêtée par le préfet ou lorsque le salarié fait la preuve que l'employeur a eu connaissance de l'imminence de sa désignation comme conseiller, avant que le salarié ait été convoqué à l'entretien préalable au licenciement. L'imminence de la désignation en qualité de conseiller peut, par exemple, être invoquée, dès lors que le directeur départemental du travail et de l'emploi a, en vertu de l'article D. 122-3 du Code du travail, soumis ses propositions aux organisations professionnelles* ». Par cette dernière phrase l'administration attache donc à la diffusion de la liste par l'autorité compétente la présomption de la connaissance de l'imminence de la candidature par l'employeur (18). Mais on le sait, l'interprétation d'une circulaire ne s'impose pas au juge ; elle ne s'est d'ailleurs pas imposée au juge départiteur dans l'ordonnance rapportée.

## IV. La solution retenue par l'ordonnance

Selon l'ordonnance (19), les débats portent essentiellement sur la connaissance ou non de l'imminence de candidature, la société Virgin s'en tenant à la lettre du texte de l'article L. 122-14-16 en soutenant que seule la date de publication de la liste aux recueils des actes administratifs peut faire courir la protection.

C'est cette thèse que suit la formation en départage, et donc très certainement le juge départiteur lui-même. Son explication ne convainc pas. En effet, le juge départiteur précise que « *les éléments de preuve allégués relèvent d'une connaissance indirecte que l'employeur aurait pu avoir par des organisations syndicales patronales* » et considère que cette vérification relève du juge du fond. Il poursuit en précisant que « *une présomption de connaissance indirecte ne peut donner lieu à constat par le juge des référés d'un trouble manifestement illicite* ». Par une telle formulation la contradiction est patente ; comment admettre « *une présomption de connaissance indirecte* » et rejeter le trouble manifestement illicite

résultant d'un licenciement sans procédure protectrice, trouble que le juge des référés a le devoir de prévenir.

La seule dénégation de l'employeur quant à sa non connaissance de la liste des conseillers du salarié ne peut à elle seule anéantir le fait bien établi d'une large divulgation de liste. Cette large divulgation suffisait pour que le juge des référés prescrive les mesures de remise en état qui s'imposaient, dans l'attente d'un jugement au fond, dès lors qu'il n'est même pas relevé qu'il existait une contestation sérieuse.

Un argument en faveur de cette présomption de connaissance par l'employeur de l'imminence de la candidature par diffusion de la liste par le DDTEFP peut être avancée en s'appuyant sur la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation. Celle-ci considère que nul n'est censé ignorer le statut protecteur d'un conseiller du salarié, dès lors que le mandat qui s'exerce en dehors de l'entreprise a fait l'objet d'une publication aux recueils des actes administratifs de la

(17) Circulaire n° 91/16 du 5 septembre 1991, ayant pour objet l'assistance du salarié lors de l'entretien préalable au licenciement, JCP 1991, éd. E, III, 65047 ; Dr. Ouv., 1991, p. 442.

(18) Cette position a d'ailleurs été rappelée à Virgin dans plusieurs courriers, par l'inspecteur du travail en charge de cette affaire. Les courriers en question ont été joints, en vain, au dossier prud'homal.

(19) Reproduite page suivante.

préfecture, sans qu'il soit besoin que cette désignation ait été portée à la connaissance de l'employeur (20). Il faut donc légitimement admettre le même raisonnement pour retenir la présomption de connaissance de l'imminence de la candidature, dès lors que la liste est largement diffusée par l'autorité administrative auprès des organisations patronales.

S'il fallait que la Cour d'appel qui est maintenant saisie de l'affaire confirme la solution du juge prud'homal, ce serait, on le pressent, l'avenir de tous les conseillers du salarié qui serait en danger dans la période de l'établissement des listes. Les employeurs auraient pour signal, qu'il suffit de mettre en œuvre la procédure protectrice de licenciement dès divulgation de la liste pour écarter, sans contrôle administratif, de futurs empêcheurs

(20) Cass. soc. 14 janvier 2003, n° 00-45.883, *Bull. civ. V*, n° 4 ; Cass. soc. 13 juillet 2004, n° 02-42.681.

de tourner en rond ; car c'est bien connu qui conseille le salarié aujourd'hui, syndicalisera dans l'entreprise demain.

N'est-ce donc pas la procédure d'établissement des listes qu'il faut modifier, pour se rapprocher de celle applicable aux conseillers prud'hommes ? Dans le même temps où l'administration communique les listes aux organisations de salariés et d'employeurs les plus représentatives il faudrait informer l'employeur de chaque salarié inscrit (21) ; ainsi la présomption qui n'a pas convaincu le juge départiteur deviendrait certitude. En attendant une hypothétique modification des textes il serait bon que les organisations syndicales elles-mêmes prennent l'initiative d'une telle information, en s'aménageant, il va de soi, la preuve par un envoi par pli recommandé avec accusé de réception.

**Daniel Boulmier**

(21) Au cas des conseillers prud'hommes, il revient au mandataire de la liste d'informer l'employeur de la présence des salariés de son entreprise (art. L. 513-4 al. 3 et R. 513-31 C. trav.).

## Annexe

### **PROTECTION DES REPRESENTANTS DU PERSONNEL – Conseiller du salarié – Désignation – Période préalable à la publication aux recueils des actes administratifs – Connaissance par l'employeur – Effet.**

CONSEIL DE PRUD'HOMMES DE PARIS (Référé - Départage) 6 avril 2007

**Degousée contre Virgin**

#### EXPOSÉ DU LITIGE :

Mme Amandine Degousée a été engagée en qualité de vendeuse le 27 mars 1998.

Le 5 décembre 2006 elle a été mise à pied et convoquée à un entretien préalable fixé au 14 décembre 2006 puis licenciée par courrier du 18 décembre 2006.

Le 17 novembre 2006 un arrêté préfectoral a été pris établissant la liste des conseillers du salarié pour Paris, parmi lesquels Mme Degousée, qui a été publié aux recueils des actes administratifs le 29 décembre 2006.

Mme Degousée a saisi le juge des référés de la nullité du licenciement et de sa réintégration arguant de la qualité de salariée protégée, se fondant sur un trouble manifestement illicite.

Elle expose qu'antérieurement au licenciement elle a introduit une instance au fond pour discrimination syndicale et qu'elle rapporte la preuve que l'employeur avait connaissance de l'imminence de sa désignation comme conseiller.

Qu'en effet la candidature de Mme Degousée avait été communiquée préalablement à l'inspection du travail et portée par cette administration à la connaissance des organisations patronales.

Que l'employeur est donc présumé en avoir eu connaissance, ce qui est l'avis de l'inspection du travail qui a l'intention de relever le délit d'entrave.

Que d'ailleurs cela lui a été indiqué lors de l'entretien préalable.

La SA Virgin Stores réplique que la protection court à compter de la publication des listes, en l'espèce le 29 décembre 2006, sauf pour la salariée à prouver que l'employeur avait connaissance de l'imminence de sa candidature.

Qu'aucun élément de preuve n'est apporté par la salariée à cet égard et qu'il ne peut y avoir de présomption de connaissance de l'imminence d'une candidature.

Que l'employeur justifie n'être pas adhérent au MEDEF mais à une autre organisation laquelle atteste qu'elle n'a jamais informé Virgin Stores.

Que c'est seulement à l'issue de l'entretien préalable le 14 décembre que le mari de la salariée a fait état de sa candidature.

#### MOTIFS DE LA DÉCISION :

**Il est constant que le licenciement est antérieur à la publication de la liste des conseillers salariés.**

**La compétence du juge des référés limitée au titre d'un trouble manifestement illicite ne pourrait être retenue que si Mme Degousée rapportait la preuve certaine, insusceptible de contestation de la connaissance portée à l'employeur de sa candidature aux fonctions de conseillers salariés antérieurement à la procédure de licenciement.**

**En l'espèce les éléments de preuve allégués relèvent d'une connaissance indirecte que l'employeur aurait pu en avoir par des organisations syndicales patronales, ce qu'il dément.**

**En conséquence, il appartient au juge du fond à apprécier, au vu des éléments communiqués, si on peut considérer que l'employeur avait connaissance le 5 décembre 2006 de la candidature de Mme Degousée et a donc agi de mauvaise foi, sachant que l'affaire est déjà pendante au titre d'une discrimination syndicale.**

**Une présomption de connaissance indirecte ne peut donner lieu à constat par le juge des référés d'un trouble manifestement illicite.**

**Il n'y a pas lieu à versement de dommages et intérêts provisionnels pour discrimination syndicale, le juge du fond ayant été préalablement saisi à ce titre selon les propres dires de la demanderesse.**

**L'équité ne commande pas l'application de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile.**

#### PAR CES MOTIFS :

**Dit n'y avoir lieu à référé.**

**Renvoie les parties devant le juge du fond.**

**(Mme Poreau, prés. - Mes Domas, Clément, av.)**