

La recherche de l'employeur : l'exemple de la délégation de pouvoir dans les SAS ⁽¹⁾

par Florence MAURY,

Maître de conférences à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV, Institut du travail de Bordeaux, IRDAP (Institut de recherche en droit des affaires et du patrimoine)

PLAN

- I. La validation de la délégation conventionnelle du pouvoir de licencier
 - A. Les personnes physiques habilitées à licencier
 - B. Les conditions de la délégation de pouvoir
- II. La controverse de la sanction du licenciement par une personne non habilitée
 - A. La nullité du licenciement paralysée par la ratification
 - B. L'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement

Selon le Code du travail, c'est l'employeur, parti au contrat de travail, qui peut licencier un salarié (2). Or, comme l'indique le Professeur Gilles Auzero (3), « la personne titulaire du pouvoir de licencier n'est pas nécessairement celle qui l'exercera ». C'est ainsi qu'une société employeur est détentrice du pouvoir de licencier, mais ne pourra personnellement l'exercer du fait de sa qualité de personne morale. « Je n'ai jamais déjeuné avec une personne morale », écrivait Gaston Jèze, en revanche, répondait un pénaliste, « Je l'ai souvent vue payer l'addition » (4). C'est donc un représentant, personne physique de l'employeur, qui exerce ce pouvoir de licencier, au nom et pour le compte de la société. Un salarié peut ainsi légitimement être amené à vérifier si la personne qui l'a licencié était habilitée à le faire, pour, éventuellement, contester cette mesure.

Ce problème a été évoqué récemment en justice, avec une particulière acuité, à propos de salariés licenciés dans des entreprises organisées sous la forme de la société par actions simplifiée (SAS) (5). La structure de l'entreprise, ou sa « configuration », aurait-elle une incidence sur la rupture du contrat de travail ? La difficulté n'est pas nouvelle, elle s'était posée en son temps à propos des sociétés anonymes. C'est l'Assemblée plénière qui l'avait tranchée en 1994 (6), en décidant qu'un directeur général d'une SA peut ester en justice, comme le président du conseil d'administration, dans le cadre d'un contentieux social. Qui peut licencier dans les SAS ? C'est la question à laquelle une chambre mixte de la Cour de cassation, composée de magistrats de la deuxième Chambre civile, de la Chambre commerciale, financière et économique et de la Chambre sociale, a répondu par les

(1) « Recherche employeur désespérément », ou, plus exactement, « Recherche personne physique, représentant l'employeur personne morale, apte à licencier », c'est l'annonce que l'on pourrait passer pour les salariés licenciés, dans les SAS et autres sociétés.

(2) C. trav., art. L. 1231-1 (initiative de la rupture) ; L. 1232-3 (entretien préalable) ; L. 1232-6 (notification du licenciement).

(3) G. Auzero, L'exercice du pouvoir de licencier, *Dr. soc.* 2010, p. 289.

(4) J.-C. Soyer, cité par M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, éd. Litec 2010, 23e éd., n° 161.

(5) La SAS est une société commerciale par sa forme, de capitaux, réglementée dans le Code de commerce (C. com., art. L. 227-1 et suivants). Sa principale vertu est la liberté. Lorsque le législateur a créé cette structure le 4 janvier 1994, il s'agissait d'offrir aux importantes sociétés (constituées d'un capital minimum de 1 500 000 F à l'époque), une forme d'organisation de l'entreprise au fonctionnement librement organisé par elles. La SAS était, disait-on, appelée à révolutionner notre droit des sociétés en marquant un retour à la « société contrat » pour surmonter la complexité et le manque de souplesse de la « société institution », essentiellement représentée par la société anonyme. Quatre ans plus tard, aucune révolution n'avait eu

lieu. La France comptait, en tout et pour tout, 1 700 SAS. La dérégulation était restée limitée. C'est alors que le législateur devait réformer cette structure en 1999, ouvrant son capital social à toute personne physique et morale, sans restriction de capitaux, faisant ainsi sauter les verrous initialement posés. La réforme devait être suivie du succès escompté puisque depuis lors, le nombre de SAS en France est en croissance permanente et a aujourd'hui dépassé celui des sociétés anonymes. Selon l'INPI, au 30 septembre 2009, il y avait 138.953 SAS, soit 3,24 % du nombre total des sociétés, ce qui propulse la SAS au troisième rang des types de sociétés les plus utilisées derrière la société à responsabilité limitée (SARL) et les sociétés civiles (M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, préc. note 4, n° 7).

(6) Sur l'évolution jurisprudentielle depuis 1993 en matière d'autorisation de la pratique des délégations de pouvoirs : G. Jolivet, Les délégations de pouvoirs au sein des SAS, *JCP G* 2010, 367. Ass. Plén. 18 nov. 1994, *D.* 1995, 101, note D. Cohen ; *Rev. sociétés* 1995, 296, note Ph. Merle ; *JCP N* 1995, 734, note A. Viandier ; *Bull. Joly Sociétés* 1995, 61, note P. Le Cannu ; *RTD com.* 1995, p. 127, obs. C. Champaud et D. Danet et p. 145, obs. B. Petit et Y. Reinhard. P. Morvan, Délégations de pouvoirs en matière pénale dans la société anonyme à directoire, *JCP E*, 2008, 2337.

deux arrêts du 19 novembre 2010 ci-après analysés (7). Plus précisément, il s'agissait d'autoriser, ou non, la délégation conventionnelle du pouvoir de licencier dans les SAS et d'en définir les conditions de validité.

Il convient immédiatement de s'interroger sur le fait que cette question ait été tranchée en 2010 seulement, à propos d'une structure créée en 1994. En 1994, l'article L. 227-6 du Code de commerce avait réservé le pouvoir de représentation de la société à l'égard des tiers au seul président de la SAS. Une telle rigidité dans une société aussi contractuelle ne répondait évidemment pas aux besoins de la vie des affaires, les délégations étant largement permises dans les autres sociétés. En pratique, les délégations de pouvoirs avaient ainsi fleuri dans les SAS, jusqu'à ce qu'un arrêt de la Chambre commerciale les condamne, le 2 juillet 2002 (8), poussant le législateur à intervenir à nouveau. C'est ainsi que la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003 (9) devait assouplir les conditions de la représentation de la SAS en ajoutant un troisième alinéa à l'article L. 227-6 du Code de commerce ainsi rédigé : « (...) Les statuts peuvent prévoir les conditions dans lesquelles une ou plusieurs personnes autres que le président, portant le titre de directeur général ou de directeur général délégué, peuvent exercer les pouvoirs confiés à ce dernier par le présent article. (...) ». Loin d'éteindre l'incendie déclaré en 2002, cette formule devait raviver le feu. Une interprétation stricte de cette nouvelle disposition pouvait en effet laisser penser qu'aucune autre délégation n'était possible, même si cela pouvait, encore et toujours, paraître paradoxal à propos d'une telle société, constitutive par principe d'un îlot de liberté dans un océan de réglementation.

C'est ainsi que des salariés, licenciés par d'autres que les trois représentants précités de la société (président, DG et DGD), se sont estimés fondés à contester la validité de leur licenciement. Cette question a déchaîné la jurisprudence et la doctrine dans le cadre des SAS de 2007 à 2010 (10). Le feuilleton est-il terminé ? L'avenir le dira, notamment lorsque seront rendus les arrêts des cours d'appel de renvoi dans les deux espèces jugées par la chambre mixte. La chambre sociale a quoi qu'il en soit d'ores et déjà confirmé la position de la Chambre mixte à au moins trois reprises le 15 décembre 2010 (11), les 26 janvier (12) et

(7) Ch. mixte, 19 novembre 2010, deux arrêts, n° 10-10.095, P+B+R+I (arrêt SAS WHIRLPOOL) et n° 10-30.215, P+B+R+I (arrêt SAS ED) reproduits ci-après p. 463 ; J.-M. Albiol, É. Boucaya, Admission de la délégation de pouvoir dans les SAS, *JCP S* 2010, 1512 ; G. Auzero et N. Ferrier, La délégation du pouvoir de licencier dans les SAS (et autres groupements personnalisés), *RJS* 2/11, p. 83 ; F. Carsin-Corrignan et D. Corrignan-Carsin, L'identification des titulaires du pouvoir de licencier au sein des SAS, *JCP G* 10 janv. 2011, p. 43 ; A. Couret et B. Dondero, La délégation du pouvoir de licencier dans une SAS, un mandat comme un autre ?, *JCP E* 2010, 2049 ; D. Gallois-Cochet, SAS : délégations de pouvoirs, *Dr. sociétés* fév. 2011, p. 22 ; M. Germain et P.-L. Périn, *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 981, § 214 ; D. Gibirila, La délégation du pouvoir de licencier dans la société par actions simplifiée, *Journ. Sociétés* déc. 2010, p. 51 ; P. Henriot, La délégation de pouvoirs « fonctionnelle », *Sem. Soc. Lamy* 2010, n° 1469 ; P. Le Cannu, *Rev. sociétés* 2011, 34 ; A. Lienhard, Pouvoir de licencier dans les SAS : la chambre mixte a tranché, *D.* 2010, 2270 ; F. Maury, Le licenciement entre salariés sur délégation tacite de pouvoir par le représentant de la SAS, *News Letter Institut du travail* de Bordeaux n° 31, janv. 2011, p. 8 et 9 ; F. Marmoz, Le pouvoir de licencier dans les SAS, *D.* 2011, p. 344 ; A. Outin-Adam, M. Canaple, Société par actions simplifiée : le DRH licencie... et embauche !, *D.* 2011, n° 5, p. 314 ; M. Roussille, *Rev. sociétés* janv. 2011, *jurisp.*, p. 36 ; B. Saintourens, Délégation de pouvoir au sein d'une société par actions simplifiée : retour à l'orthodoxie grâce à la Cour de cassation, *Lexbase hebdo, éd. sociétés*, n° N6900BQM ; S. Tournaux, La délégation du pouvoir de licencier dans les SAS – Epilogue, *Lexbase hebdo, éd. soc.*, n° 420, 9 déc. 2010 ; V. Vigneau, La délégation du pouvoir de licencier dans la société par actions simplifiée, *D.* 2011, p. 123.

(8) Com. 2 juill. 2002, *Bull. Joly Sociétés* 2002, 967, note A. Couret ; *D.* 2002, 2263, obs. A. Lienhard ; *Rev. sociétés* 2002, 727, note H. Le Nabasque ; *RTD com.* 2002, 688, obs. J.-P. Chazal et Y. Rienhard.

(9) Loi de sécurité financière n° 2003-706 du 1^{er} août 2003.

(10) V. not. S. Vernac, Les statuts de la SAS en droit du travail, *Dr. Ouv.* 2010 p.181

(11) Soc. 15 déc. 2010, 2 arrêts, n° 09-40.492 et n° 09-42.642, *Rev. sociétés* 2011, p. 100, obs. A. Lienhard, Délégation de pouvoir dans les SAS : après la Chambre mixte la Chambre sociale.

(12) Soc. 26 janv. 2011, n° 08-43.475, 274, FS P+B, SAS Edimark c/ Chatrain, *Dr. sociétés* avril 2011, n° 4, comm. 73 D. Gallois-Cochet ; *JCP S* 10 mai 2011, n° 19, 1229, comm. J.-M. Albiol et C. Gallon ; *Jurisp. soc. Lamy* mars 2011, n° 295-7, note F. L. : une salariée avait été licenciée par le directeur général de la SAS qui avait perdu le jour-même la présidence de ladite société. La Cour d'appel de Versailles avait déclaré ce licenciement sans cause réelle et sérieuse, la perte du titre de président de la SAS n'ayant pas été accompagnée d'une délégation du pouvoir de licencier en tant que directeur général. Ce raisonnement est censuré par la Chambre sociale qui applique la jurisprudence de la Chambre mixte en reprenant à son compte les deux attendus de principe de l'arrêt Whirlpool : « Vu l'article L. 227-6 du Code de commerce, ensemble les articles L. 1232-6 du Code du travail, 1984 et 1998 du Code civil ; Attendu, cependant, que si la société par actions simplifiée est représentée à l'égard des tiers par son président et, si ses statuts le prévoient, par un directeur général ou un directeur général délégué dont la nomination est soumise à publicité, cette règle n'exclut pas la possibilité, pour ses représentants légaux, de déléguer le pouvoir d'effectuer des actes déterminés tel que celui d'engager ou de licencier les salariés de l'entreprise ; qu'aucune disposition n'exige que la délégation du pouvoir de licencier soit donnée par écrit ; qu'elle peut être tacite et découler des fonctions du salarié qui conduit la procédure de licenciement ; Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors qu'il résultait de ses constatations que la lettre de licenciement avait été signée par la personne exerçant les fonctions de directeur général et considérée de ce fait comme étant délégataire du pouvoir de licencier, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les textes susvisés (...) ».

2 mars 2011 (13) en droit des sociétés, mais s'est montrée plus stricte dans le cadre du droit associatif (14). Si opposition il y a, elle viendra donc des juges du fond.

Dans la première espèce jugée par la Chambre mixte le 19 novembre 2010 (15), un salarié avait été licencié pour faute grave. Sa lettre de licenciement ayant été signée par le responsable des ressources humaines de la SAS Whirlpool France, le salarié avait saisi le conseil de prud'hommes pour contester la validité du licenciement, estimant que le DRH n'avait pas la qualité requise. La juridiction du premier degré l'avait débouté. Saisie par le salarié, la Cour d'appel de Versailles, par un arrêt infirmatif du 5 novembre 2009, avait déclaré le licenciement irrégulier parce que notifié par le DRH, alors que la société ne justifiait pas d'une désignation conforme aux statuts d'un directeur général avec délégation du pouvoir de licencier au sens de l'article L. 227-6 du Code de commerce. Condamnée pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, la SAS employeur devait alors former un pourvoi devant la Cour de cassation. Dans l'arrêt rendu en Chambre mixte le 19 novembre 2010, la Cour retient une double violation des textes par la cour d'appel et donne raison à l'employeur (16). En conséquence, la Cour de cassation casse et annule l'arrêt d'appel et remet la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt, ce qui oblige le salarié au remboursement des indemnités obtenues (environ 30 000 €). Les parties sont renvoyées devant la même cour d'appel autrement composée.

Dans la seconde espèce, un salarié de la SAS ED (16 bis) avait été licencié suivant lettre recommandée signée par un chef de secteur et un chef de vente. Ledit salarié, ainsi que l'union syndicale Solidaires Paris et le syndicat SUD-ED, avaient alors saisi le conseil de prud'hommes qui les avait déboutés. Par un arrêt infirmatif, la Cour d'appel de Paris, par décision en date du 3 décembre 2009, avait retenu la nullité du licenciement prononcé par une lettre dont les signataires n'avaient pas le pouvoir de licencier, et ordonné la réintégration du salarié sous astreinte de 1 000 € par jour de retard. Par le second arrêt du 19 novembre 2010, la Cour de cassation casse et annule l'arrêt d'appel favorable au salarié au visa des mêmes articles que le précédent (17).

La Chambre mixte a donc validé, par ces deux arrêts du 19 novembre 2010, le principe de la délégation conventionnelle du pouvoir de licencier dans les SAS et précisé ses conditions (I), laissant en revanche en suspens la question de la sanction du licenciement par une personne non habilitée (II). La Chambre sociale a pour l'heure confirmé cette position pour le licenciement de salariés de sociétés, adoptant une position plus favorable aux salariés d'associations.

(13) Soc. 2 mars 2011, arrêt n°09-67.237 et n° 09-67.238 (1^{re} espèce : *SA Cerep c/ Mme D. et a.*) : *JCP S* n° 18, 3 mai 2011, 1213, comm. H. Guyot ; *D. actualités* 17 mars 2011, obs. L. Perrin ; *Lexbase hebdo, éd. soc.*, n° 432, 17 mars 2011, obs. S. Tournaux, De l'importance des stipulations portant délégation du pouvoir de licencier : la Chambre sociale valide le licenciement prononcé par un travailleur temporaire dans la société anonyme qui, selon elle, n'est pas une personne étrangère à l'entreprise. En l'espèce un manager en interim avait été embauché pour assister et conseiller le DRH. La Chambre sociale juge que le pouvoir de signer les lettres de licenciement pouvait lui être délégué.

(14) Soc. 2 mars 2011, arrêt n° 08-45.422 (2^e espèce : *Association des résidences pour personnes âgées c/ M. L.*) : *préc.* note précédente : dans ce second arrêt en revanche, concernant le licenciement d'un salarié d'une association, la Chambre sociale adopte une solution stricte favorable au salarié. Elle considère qu'il ne peut y avoir de délégation tacite de licencier en présence d'une délégation du pouvoir d'embaucher écrite. Le droit applicable aux associations et plus protecteur des salariés que celui applicable aux sociétés. Le licenciement est jugé sans cause réelle et sérieuse.

(15) Arrêt *Whirlpool*, reproduit ci-après p. 463.

(16) D'une part, au visa de l'article L. 227-6 du Code de commerce, elle rappelle que « la société par actions simplifiée est représentée à l'égard des tiers par son président et, si ses statuts le prévoient, par un directeur général ou un directeur général délégué dont la nomination est soumise à publicité », ce qui, selon la Cour, « n'exclut pas la possibilité, pour ses représentants légaux, de déléguer le pouvoir d'effectuer des actes déterminés tel que celui d'engager ou de licencier les salariés de l'entreprise ». Aussi, en privant de cause réelle et sérieuse le licenciement au motif de l'absence de désignation régulière d'un directeur général avec délégation de pouvoir, la Chambre mixte en conclut que la cour d'appel a violé l'article

précité et ensemble l'article L. 1232-6 du Code du travail relatif à la lettre de licenciement. D'autre part, au visa des deux articles susvisés et des articles 1984 et 1998 du Code civil relatifs au droit commun du mandat, elle rappelle qu'« aucune disposition n'exige que la délégation du pouvoir de licencier soit donnée par écrit ; qu'elle peut être tacite et découler des fonctions du salarié qui conduit la procédure de licenciement » (article 1984 du Code civil). Elle estime que ces articles ont été violés par la cour d'appel qui, pour déclarer le licenciement irrégulier, a retenu l'absence de qualité à agir du DRH signataire de la lettre. Selon la Cour suprême, la cour d'appel qui a constaté que la signataire était DRH, chargée du personnel et considérée de ce fait comme étant délégataire du pouvoir de licencier, n'a pas tiré les conséquences légales de sa constatation.

(16 bis) Reproduit ci-après p. 464.

(17) D'une part, elle sanctionne l'arrêt de la Cour d'appel de Paris pour violation des articles L. 227-6 du Code de commerce et L. 1236 du Code du travail, pour avoir prononcé la nullité du licenciement au motif que la lettre n'émanait ni du président de la SAS, ni d'une personne autorisée par les statuts à recevoir délégation pour exercer le pouvoir de licencier détenu par le seul président. D'autre part, la Cour suprême estime que la cour d'appel a violé les articles L. 1232-6 du Code du travail et 1998 du Code civil en retenant comme sanction la nullité du licenciement au motif que les signataires de la lettre n'avaient pas la qualité pour agir alors qu'« en cas de dépassement de pouvoir par le mandataire, le mandant est tenu de l'acte de celui-ci s'il l'a ratifié expressément ou tacitement » (article 1998 du Code civil). La cour d'appel a, selon elle, violé les textes susvisés alors qu'elle avait constaté que le représentant légal de la société soutenait la validité et le bien-fondé du licenciement et réclamait le rejet des prétentions du salarié licencié « ce dont il résultait la volonté claire et non équivoque de cette société de ratifier la mesure prise par ses préposés ».

I. La validation de la délégation conventionnelle du pouvoir de licencier

Qui peut licencier dans une société (A) et dans quelles conditions (B) ? La réponse apportée par la Cour de cassation paraît claire, même si plusieurs points peuvent être discutés.

A. Les personnes physiques habilitées à licencier

Une société personne morale n'étant pas une personne (« *ni souffrante ni aimante, sans chair et sans os, la personne morale est un être artificiel* » (18)), elle ne peut agir que par l'intermédiaire de ses représentants personnes physiques. La qualité de représentant peut trouver sa source dans la loi, on parle alors de « représentants légaux » ou dans les statuts, ce sont les « représentants statutaires » (1.). Ce pouvoir peut également résulter de conventions extrastatutaires, au bénéfice de « représentants conventionnels », dits encore « mandataires contractuels » (2.).

1. Les représentants légaux

(la représentation organique)

Le ou les dirigeants d'une société sont les représentants légaux indiscutables de la société qui disposent du pouvoir de la représenter vis-à-vis des tiers **sur ordre de la loi**. Dans les SA par exemple, le représentant légal sera le directeur général ou le directoire, dans les SARL, les SNC, ou les sociétés civiles, ce sera le gérant.

Pour les SAS, le **président**, seul organe obligatoire, est évidemment le premier représentant légal de la personne morale, mais peuvent également s'y ajouter le **directeur général** et le **directeur général délégué**, s'ils sont prévus par les statuts (19), en vertu de l'article L. 227-6 du Code de commerce (20).

Il convient de préciser immédiatement qu'en invoquant l'article L. 227-6 du Code de commerce, la Cour de cassation consacre le principe selon lequel le salarié doit être considéré comme un tiers à la société, n'étant pas parti au contrat social (sauf s'il est aussi associé), même s'il n'est pas un étranger à l'entreprise. La Chambre mixte l'indique d'ailleurs expressément dans l'arrêt SAS ED.

Il est en outre remarquable que la Chambre mixte retienne la qualité de représentant légal des directeurs

généraux, au même titre que le président, alors que la discussion était permise, les premiers détenant leurs pouvoirs des statuts, eux-mêmes, il est vrai, autorisés à les désigner sur le renvoi de la loi. Cette assimilation a été confirmée par la Chambre sociale dans l'arrêt du 26 janvier 2011 (21), selon lequel une délégation informelle du pouvoir de licencier semble pouvoir bénéficier à tout membre du personnel de direction, dont le directeur général, dont les fonctions l'amènent à prendre en charge des responsabilités en la matière, peu important que ces attributions ne figurent pas dans les statuts de la société et n'aient pas été portées au K-Bis lors de la publication de sa nomination.

Ainsi, il semble que ces trois personnes physiques, dirigeantes dans les SAS, qui détiennent leurs pouvoirs de représentation de la loi, directement ou indirectement, ont donc, de par leur statut, le pouvoir d'embaucher et de licencier les salariés de la société, ce qui n'exclut pas d'autres délégations et subdélégations.

2. Les mandataires contractuels

(la représentation conventionnelle)

La Chambre mixte de la Cour de cassation a considéré que la représentation légale de l'article L. 227-6 du Code de commerce « *n'exclut pas la possibilité, pour ces représentants légaux, de déléguer le pouvoir d'accomplir des actes déterminés tels que celui d'engager ou de licencier des salariés* ». Il faut rappeler que ce type de délégation n'est pas interdite par l'article L. 227-6. Or, tout ce qui n'est pas interdit est en principe permis.

C'est ainsi que la Chambre mixte a autorisé, dans les SAS, la délégation du pouvoir de licencier à d'autres personnes physiques qu'aux directeur général et directeur général délégué, en l'occurrence, à des salariés de la société. Dans l'arrêt *Whirlpool*, la Cour de cassation casse l'arrêt de la cour d'appel qui avait déclaré irrégulier le licenciement décidé par le DRH, parce qu'il n'émanait pas des deux représentants légaux statutaires. Dans l'arrêt *ED*, elle casse la décision qui avait retenu que le licenciement devait émaner soit du président, soit de la personne autorisée par les statuts à recevoir la délégation pour exercer le pouvoir de licencier, détenu par le seul président. Elle autorise les chefs de secteur et de vente à

(18) M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, préc. note 4.

(19) Sur les prérogatives du président et des dirigeants de la SAS : D. Gibirila, préc. note 7, p. 51 et 52 ; D. Poracchia, A propos de la représentation de la SAS, *Journ. sociétés* n° 64, avr. 2009, p. 17.

(20) C. com., art. L. 227-6 : « *La société est représentée à l'égard des tiers par un président désigné dans les conditions prévues par les statuts. Le président est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société dans la limite de l'objet social. (...) Les statuts peuvent prévoir les*

conditions dans lesquelles une ou plusieurs personnes autres que le président, portant le titre de directeur général ou de directeur général délégué, peuvent exercer les pouvoirs confiés à ce dernier par le présent article. Les dispositions statutaires limitant les pouvoirs du président sont inopposables aux tiers ».

(21) Soc. 26 janv. 2011, préc. note n° 11. Contra : Com. 14 déc. 2010, n° 09-71712 (FPB), D. 2011, 75, obs. A. Lienhard ; *Bull. Joly Sociétés* mars 2011, p. 171, D. Porachia, « *Le directeur général et/ou le directeur général délégué ne sont pas nécessairement des représentants légaux de la SAS* ».

licencier. La Cour soumet ainsi la SAS au droit commun de la délégation, également applicable aux autres sociétés, ce qui est, la doctrine s'en est majoritairement félicitée, une décision d'harmonisation du droit applicable aux différentes structures. Dans les deux cas, les personnes physiques signataires de la lettre de licenciement validée sont salariées de la société employeur. Peut-il s'agir également d'une personne extérieure à l'entreprise ?

A plusieurs reprises, à partir de 2002, la chambre sociale de la Cour de cassation avait répondu par la négative, jugeant que, « *la finalité même de l'entretien préalable et les règles relatives à la notification du licenciement interdisent à l'employeur de donner mandat à une personne étrangère à l'entreprise pour procéder à cet entretien et notifier le licenciement* » (22). Le délégataire ne saurait donc être un prestataire de service (23). A priori, on aurait pu croire que le représentant de l'employeur ayant le pouvoir de licencier devait être un salarié de la société. C'était sans compter sur les notions économiques, dépourvues de définition juridique légale, de groupe de sociétés et d'entreprise.

En effet, faisant appel à la notion de groupe, la Cour suprême devait préciser qu'un salarié d'une autre société du même groupe, le DRH de la société mère, peut valablement licencier le salarié d'une filiale (24). Tout dernièrement, faisant appel à la notion d'entreprise cette fois, la Chambre sociale, par l'arrêt précité du 2 mars 2011 (25), a même validé le licenciement notifié par un assistant intérimaire d'un DRH d'une SA. « *La plasticité de la notion d'entreprise lui permet d'admettre que le licenciement soit prononcé par une personne qui bien que non liée à l'employeur par un contrat de travail, n'est pas pour autant étrangère à l'entreprise* » (26).

En définitive, le mandataire conventionnel habilité à licencier ne doit pas être un étranger à l'entreprise employeur, sans toutefois être obligatoirement un salarié de celle-ci (27). Outre l'identité des personnes habilitées, la Chambre mixte a également défini les conditions de validité de la délégation de pouvoir aux mandataires contractuels.

B. Les conditions de la délégation de pouvoir

La Chambre mixte a écarté toute exigence de forme (1.), et précisé les conditions de fond de la délégation conventionnelle du pouvoir de licencier (2.), marquant ainsi son attachement à ce type de pratique dans les SAS, par mesure d'efficacité économique, comme dans les autres sociétés.

1. L'absence de conditions de forme

La validation de la délégation non écrite dans les sociétés. Les arrêts de la Chambre mixte retiennent qu'aucune disposition n'exige que la délégation soit donnée par écrit. La délégation de pouvoir est une catégorie de mandat, c'est-à-dire un contrat consensuel n'emportant pas le respect de l'exigence de l'écrit. La Cour de cassation l'admet depuis longtemps par la voie de sa Chambre criminelle (28), et de sa Chambre sociale (29), même en matière de délégation de licenciement (30). Le fondement juridique se trouve à l'article 1984 du Code civil qui dispose : « *Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire* ».

Cette qualification est généralement saluée par la doctrine (31). Cette analyse de la délégation de pouvoirs comme mandat n'est pourtant pas évidente (32). En principe, le délégant délègue un de ses pouvoirs au délégataire, pour l'autoriser à agir en son nom. Or, en l'espèce, le représentant de la société n'agit pas en son nom, mais au nom de la société. Il délèguerait donc un pouvoir qui ne lui est pas propre, mais qui est propre à la société. La théorie de la représentation interfère donc dans le mécanisme de la délégation. Peut-on y voir un mandat de la part de la société ?

Autre point discutable, l'absence d'exigence d'un écrit démontre que la Cour de cassation qualifie le licenciement d'acte d'administration. En effet, le mandat d'un acte d'administration ne suppose pas d'écrit en vertu de l'article

(22) Soc. 26 mars 2002, *Bull. civ. V*, n° 105 ; *D.* 2002, 1323 ; *Dr. soc.* 2002, 784, obs. J. Mouly - Soc. 26 avril 2006, n° 04-42.860, inédit.

(23) Comme un cabinet d'expertise comptable. G. Auzero, L'exercice du pouvoir de licencier, préc. note 3, p. 292.

(24) Soc. 19 janvier 2005, *Bull. civ. 2005, V*, n° 10 ; *Dr. soc.* 2005, 475, obs. J. Savatier - Soc. 6 mars 2007, *JCP S* 2007, 1672, obs. B. Bossu : le DRH d'une société-mère licencie valablement un salarié d'une société filiale, au motif que « *ledit directeur n'est pas une personne étrangère aux filiales* » - Soc. 23 sept. 2009, *Bull. civ. V*, n° 191 ; *RDT* 2009, 647, obs. G. Auzero ; *Dr. Ouv.* 2010 p. 21 : validité d'une délégation non écrite donnée à un DRH d'une société mère pour procéder à l'entretien préalable et au licenciement d'un salarié d'une filiale.

(25) Soc. 2 mars 2011, arrêt n° 09-67.237 et n° 09-67.238 (1^{re} espèce : SA Cerep c/ Mme D. et a.), préc. note 13.

(26) L. Perrin, Précisions à propos de la délégation du pouvoir de licencier, préc. note 13.

(27) V. sur ce point aussi : G. Auzero, L'exercice du pouvoir de licencier, préc. note 3.

(28) Crim. 27 oct. 1979, *Bull. crim.* 1976, n° 303.

(29) Soc. 6 juill. 2004, *RJS* 11/04, n° 1127 - Soc. 23 sept. 2009, préc. note 24.

(30) Soc. 18 nov. 2003, *Bull. civ. V*, n° 287 : la Cour de cassation reconnaît la légitimité d'un licenciement prononcé par le directeur financier d'une société dès lors qu'il était titulaire d'une délégation de pouvoir en la matière, peu important que celle-ci soit tacite. En tout dernier lieu : Soc. 26 janv. 2011, n° 08-43.475, 274, FS P+B, SAS Edimark c/ Chatrain, préc. note 12.

(31) Voir les auteurs cités par D. Gallois-Cochet, préc. note 7, p. 23, 2.

(32) D. Gallois-Cochet, préc. note 7, p. 23, 2.

1985 du Code civil (33), tandis que le mandat d'un acte de disposition doit être express, en vertu de l'article 1988 du même Code (34). La solution retenue permet à la Cour de cassation de rattraper les excès de pouvoir de salariés incompetents pour licencier leurs collègues dans les sociétés (35). Or, la discussion est permise concernant la nature de cet acte (36). Si l'on peut concevoir cette qualification du côté du salarié, pour l'acte de recrutement, il n'en est pas de même pour l'acte de licenciement qui est lourd de conséquence pour son patrimoine et sa vie. La Cour prend donc le parti de l'employeur, en qualifiant l'acte de licenciement d'acte d'administration, s'agissant, il est vrai, d'un acte unilatéral pris par l'employeur.

En cas de délégation écrite, il résulte du second arrêt de la Chambre sociale du 2 mars 2011 (37), qu'en matière de licenciement d'un salarié d'une association – ce principe pourrait tout à fait être transposé aux sociétés – la délégation de pouvoir expresse et écrite ne prévoyant pas la délégation de licencier rend le licenciement sur prétendue délégation tacite irrégulier. La délégation du pouvoir d'embaucher et de conclure des contrats de travail, dans le cadre associatif n'entraîne pas celle de les rompre, selon la Chambre sociale, ce qui est parfaitement justifié en raison de la gravité de l'acte de licenciement. Cette solution crée une discrimination entre les conditions de rupture du contrat de travail dans les sociétés et les associations et confirme bien que l'écrit est protecteur des salariés. La Chambre sociale refuse ici le parallélisme des formes entre recrutement et licenciement que la Chambre mixte avait consacré dans l'arrêt *ED*. Le contrat de travail du personnel de direction d'une SAS par exemple prévoyant la faculté d'embauche et de conclusion du contrat de travail sans prévoir celle de licencier permettrait-il de combattre le licenciement d'un salarié par un tel représentant ? Le salarié est amené à étudier le contrat de travail de celui qui l'a licencié. La délégation verbale est donc permise en principe, sans autorisation des statuts, ni publicité quelconque.

La validation de la délégation sans autorisation des statuts, ni mention au RCS. Aucune disposition du Code de commerce ne visant ces délégations conventionnelles ou les soumettant à des conditions de forme particulière, c'est le droit commun du mandat qui est donc appliqué.

(33) C. civ., art. 1985 : « Le mandat peut être donné par acte authentique ou par acte sous seing privé, même par lettre. Il peut aussi être donné verbalement, mais la preuve testimoniale n'en est reçue que conformément au titre "Des contrats ou des obligations conventionnelles en général". L'acceptation du mandat peut n'être que tacite et résulter de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire ».

(34) C. civ., art. 1988 : « Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration. S'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès ».

(35) P. Henriot, Un cheval de Troie dans les SAS ?, *Sem. Soc. Lamy*, 20 nov. 2010, n° 1469, 6 ; A. Lyon-Caen, SAS, *RDT* 2010, 677.

(36) En ce sens A. Outin-Adam, préc. note 7.

Or, là encore, la discussion est permise puisque l'article R. 123-54 du Code de commerce prévoit l'obligation de publicité de l'identité des personnes physiques habilitées à « diriger, gérer ou engager à titre habituel la société ». Or, un DRH autorisé à embaucher et licencier ne le fait-il pas à titre « habituel » au nom de la société (38) ? La doctrine est unanime à dire que l'exigence de la publicité des délégations et subdélégations conventionnelles serait irréaliste en pratique. Pour autant cette exigence de publicité permettrait de cadrer les choses et de protéger les salariés.

C'est alors que sans écrit, ni publicité, se pose avec la plus grande acuité la question de l'identité des personnes qui peuvent être investies de ce pouvoir par mandat tacite. La Cour a posé des conditions de fond limitées.

2. Des conditions de fond limitées

La délégation tacite résultant des fonctions-mêmes du salarié. La Cour de cassation a précisé que la délégation tacite pouvait résulter des fonctions du salarié délégataire qui conduit la procédure de licenciement. Ce n'est pas nouveau et a été maintes fois rappelé en 2010 par la Chambre sociale (39). La délégation découle ainsi naturellement des fonctions du responsable des ressources humaines chargé de la gestion du personnel (40), sorte de délégataire conventionnel naturel, du pouvoir de licencier (arrêt *Whirlpool*). Elle reconnaissait antérieurement le pouvoir de licencier un salarié d'une filiale, au DRH d'une société mère, en cas de délégation donnée par écrit tout d'abord, puis sans écrit en dernier lieu (41). C'est ainsi qu'une fiche de poste, un organigramme (42) de la direction, ou tout autre document social pourra renseigner sur la nature des fonctions de chacun en amont du contentieux, mais aussi parfois en aval, en cas de procès.

Mais, c'est grâce au régime du mandat et aux conditions de sa ratification que le licenciement sera « sauvé » devant les juges, en cas d'excès de pouvoir du salarié non habilité à licencier par ses fonctions (43). C'est ainsi que la qualification de mandat était incontournable pour sauver l'employeur dans le cas de l'arrêt *ED*, puisque la délégation ne pouvait résulter des fonctions des salariés signataires de

(37) Soc. 2 mars 2011, arrêt n° 08-45.422 (2^e espèce : *Association des résidences pour personnes âgées c/ M. L.*) : préc. note 14.

(38) En ce sens B. Saintourens, préc. note 7.

(39) Soc. 15 déc. 2010, n° 09-42.642, *Rev. sociétés* 2011, 100, obs. A. Lienhard - Soc. 30 sept. 2010, *RJS* 12/10, n° 9173 - Soc. 29 sept. 2010, *RJS* 12/10, n° 950.

(40) N. Ferrier, Délégation de pouvoir de directeurs des ressources humaines, *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 116.

(41) Sur la délégation dans les groupes de sociétés, préc. note 24.

(42) *Crim.* 27 févr. 1979, *Bull. crim.* 1979, n° 88. ; Soc. 11 mars 1993, *Bull. crim.* 1993, n° 112 : la production en justice d'un organigramme de l'entreprise suffit à prouver l'existence de la délégation de pouvoir.

(43) F. Marmoz, préc. note 7.

la lettre de licenciement. Un chef des ventes et/ou un chef de secteur n'ont en effet pas pour fonction « naturelle », la conduite d'une procédure de licenciement. Le fondement a pu donc servir une solution prise en équité (44).

La validation d'une délégation limitée à des actes déterminés (*délégation spéciale et non générale*). La Chambre mixte a pris le soin de préciser que la délégation conventionnelle ne pouvait viser que des actes déterminés, tels le licenciement ou l'embauche. Il s'agirait donc d'un mandat spécial par opposition au mandat général (45). Effectivement, seul le mandat spécial ne répond à aucun formalisme. C'est ainsi que la Chambre mixte applique le même régime à la délégation d'embauche, comme le confirmera la Chambre sociale dans un arrêt postérieur (46), avant de distinguer finalement les deux délégations en droit des associations.

Le paradoxe de cette solution jurisprudentielle n'a pas manqué d'être soulevé en doctrine. En effet, si un licenciement est notifié par un directeur général ou un directeur général délégué dont la délégation de pouvoir statutaire n'a pas été publiée, il est illicite (47). En

revanche, si un salarié non habilité licencie un collègue sans mandat tacite ou en excédent ses pouvoirs, le mandat fictif ou limité étant ratifié ou élargi a posteriori, le licenciement est valable. La sanction du licenciement sera donc facile en cas de non respect des règles strictes de la délégation organique, tandis qu'elle sera aisément abolie en cas de dépassement de la délégation fonctionnelle. Mais un paradoxe en chasse un autre. Il peut être opposé qu'il aurait été étonnant qu'un salarié d'une filiale puisse être licencié par le DRH d'une société mère sur délégation tacite, mais par le DRH de l'employeur direct, sous la condition d'une délégation écrite et publiée.

Ainsi sont validées les délégations tacites de pouvoirs de licencier conventionnelles, la Chambre mixte, prenant clairement le parti de l'employeur au détriment de celui du salarié en validant une dilution parfois jugée excessive des pouvoirs directionnels, susceptible de les vider de contenu. Ce parti pris, annoncé comme une mesure nécessaire de gestion des entreprises sociétaires, se pose alors la question controversée de la sanction du licenciement pris par une personne non habilitée.

II. La controverse de la sanction du licenciement par une personne non habilitée

La Chambre mixte ne s'est pas positionnée sur la sanction à retenir en cas de licenciement prononcé par une personne non habilitée dans les arrêts du 19 novembre 2010, puisque les délégations ont été validées dans les deux cas. La question de la sanction se pose en l'absence de pouvoir de licencier ou en présence d'un excès de pouvoir. C'est ainsi que persiste une incertitude en raison d'une pluralité de sanctions possible de l'acte de licenciement : l'hésitation est permise entre la nullité du licenciement et l'absence de cause réelle et sérieuse de celui-ci. L'hésitation résulte tant de la jurisprudence des juges du fond que des arrêts de la Cour suprême, et de la doctrine. Certains sont favorables à la nullité du licenciement (A), tandis que d'autres, dont la Chambre sociale en tout dernier lieu, optent pour l'absence de cause réelle et sérieuse de cet acte (B).

A. La nullité du licenciement paralysée par la ratification

Le raisonnement de la Chambre mixte laisse penser qu'elle aurait opté pour la sanction de la nullité (1.) du

licenciement permettant la réintégration du salarié, mais c'est peut-être en raison de la possibilité de ratification du mandat insuffisant ou absent, comme dans l'arrêt *ED*. Les effets de la nullité en sortent ainsi paralysés (2.).

1. Le choix possible de la sanction de nullité

Pour une partie de la doctrine (48), la nullité est la sanction naturelle de l'accomplissement d'un acte pris sans pouvoir (49). Si la personne physique n'a pas le pouvoir de licencier faute de délégation, ou si elle a dépassé ses pouvoirs parce qu'elle n'avait pas de délégation pour cet acte déterminé, le contrat de travail n'a pu être rompu. De ce fait, il continue à produire tous ses effets qui doivent donc être rétablis entre la société et le salarié. La sanction de la nullité est alors seule apte à remettre les parties en l'état antérieur à l'acte invalidé.

C'est ce qu'ont jugé des cours d'appels (50), notamment la Cour d'appel de Paris dans l'affaire *ED* en présence d'un licenciement prononcé par des signataires manifestement dépourvus de la qualité pour agir. C'est également la solution retenue par la Chambre sociale

(44) A. Outin-Adam et M. Canaple, préc. note 7.

(44) G. Auzero, N. Ferrier, préc. note 7, v. p. 85.

(46) Soc. 15 déc. 2010, préc. note 39.

(47) Com. 14 déc. 2010, préc. note 21.

(48) G. Auzero, *L'exercice du pouvoir de licencier*, préc. note 3, p. 292 et s.

(49) P. Le Cannu, B. Dondero, *Droit des sociétés*, éd. *Montchrestien*, Précis Domat, 2009, 3e éd., n° 503.

(50) Par exemple : CA Versailles, 24 sept. 2009, *Sem. soc. Lamy* n° 1425, p. 12, chron. A. Rymarz, « *L'exercice périlleux de la lettre de licenciement dans une SAS* ».

dans deux arrêts de 2005 (51) et 2009 (52). Selon la Cour suprême, l'absence de pouvoir du signataire « constitue une irrégularité de fond qui rend nul le licenciement ».

Effectivement l'article 1998 du Code civil suppose que le mandataire agissant sans pouvoir ne peut engager le mandant, la sanction étant donc la nullité relative ou absolue : « *Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné* ». Mais l'alinéa suivant dudit article prévoit une cause d'ineffectivité de la sanction ainsi encourue en cas de ratification du mandat incomplet.

2. L'ineffectivité de la nullité par la ratification *a posteriori*

L'article 1998, alinéa 2, du Code civil dispose, « *Il (le mandant) n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement* ». La ratification a posteriori du mandat tacite n'est pas une solution nouvelle, la Chambre mixte a repris la position antérieure de la Chambre sociale (53). Dès lors que la qualification de mandat de la délégation de pouvoir est retenue (54), il est logique d'appliquer toutes les règles du droit commun de ce contrat spécial.

Cette possibilité de ratification se retourne donc contre le salarié alors qu'il aurait pu espérer la sanction la plus lourde du licenciement et sa réintégration dans la société... L'excès de pouvoir du délégataire pourra donc être ratifié au plus tard en cours d'instance, comme l'indique la Chambre mixte dans l'arrêt *ED*. La SAS avait exprimé sa volonté claire et non équivoque de ratifier la procédure de licenciement en déposant des conclusions soutenant la validité du licenciement et en demandant le rejet des prétentions du salarié évincé, juge la Cour suprême. Autrement dit, même si le représentant légal de la société n'avait pas voulu licencier, le licenciement sera certainement ratifié par lui, aux fins d'éviter les conséquences pécuniaires de l'invalidation du licenciement encourue sur le fondement du défaut de pouvoir. Il est évident que cette liberté n'est pas gage de sécurité pour les salariés, victimes du droit commun du mandat en dépit d'un abus de pouvoir.

C'est la porte ouverte au licenciement entre salariés « ennemis ». Ni le droit commun du mandat, ni le droit des sociétés ne sont une aide pour le salarié indûment licencié. Reste donc la preuve d'une absence de cause réelle et sérieuse du licenciement comme moyen de défense, sanction retenue par la Chambre sociale en tout dernier lieu.

B. L'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement

La sanction de l'absence de cause réelle et sérieuse est, en réalité, une bien meilleure sanction pour le salarié. Reste à savoir si elle est juridiquement fondée. Certains auteurs, dont le Professeur Patrick Morvan, le démontrent. Ce dernier qualifie d'« illégale » la sanction de la nullité pour plusieurs raisons (55). En premier lieu, selon lui, seul le mandant pourrait solliciter l'application de la nullité en vertu de l'article 1984 du Code civil, or ce sont ici les salariés qui invoquent la sanction. En second lieu, il est un principe selon lequel il n'y a « *pas de nullité sans texte* » ; or la nullité du licenciement pour violation de l'article L. 227-6 du Code de commerce n'est prévue par aucun texte, la seule sanction possible étant alors l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement en vertu dudit article (55 bis).

C'est ainsi que l'absence de cause réelle et sérieuse a été préférée par certains juges du fond, mais aussi par la Chambre sociale de la Cour de cassation à plusieurs reprises, notamment dans un arrêt du 4 mars 2003 (56). Un directeur de centre de lutte contre le cancer avait licencié le trésorier alors que seul le conseil d'administration avait le pouvoir de le faire. S'agissant d'un dépassement de pouvoir, la Cour de cassation devait conclure au licenciement sans cause réelle et sérieuse. Cette sanction a été plus récemment retenue dans deux autres arrêts du 8 juillet 2010 (57) ou encore du 30 septembre 2010 (58) et en dernier lieu par l'arrêt du 26 janvier 2011 (59).

En définitive, la configuration de l'entreprise sous la forme d'une société est indéniablement un facteur de dilution de l'identité de l'employeur, qui met les salariés dans une situation d'impuissance en cas de licenciement par un non dirigeant. Au final, le droit des sociétés, grâce

(51) Soc. 13 sept. 2005, n° 02-47.619 : « *Mais attendu que l'absence de qualité à agir du signataire d'une lettre de licenciement constitue une irrégularité de fond qui rend nul le licenciement* ».

(52) Soc. 29 avr. 2009, n° 08-40.128. La procédure de licenciement a été conduite par une société auprès de laquelle le salarié avait été détaché et n'avait donc pas le pouvoir de le licencier.

(53) Soc. 10 nov. 2009 n° 08-41076, *Bull. civ. V*, n° 250 ; *RJS* 1/2010, n° 18.

(54) Dans ce sens : Com. 4 févr. 1997 n° 94-20.681, *JCP G* 1997, I, 4058, obs. A. Viandier ; *Rép. Defrénois* 1997, p. 663, note H. Hovasse, note 5 ; S. de Vendeuil, La cessation des fonctions d'un dirigeant met-elle fin aux délégations qu'il a données ?, *JCP E* 1997, p. 248. Com. 15 mars 2005, n° 03-13.032, *Dr. sociétés* 2005, comm. 119, note H. Hovasse ; *JCP E* 2005, 1046, n° 2, obs. J.-J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker.

(55) P. Morvan, Nullité en droit du travail et délégation de pouvoirs dans la SAS, *JCP S* 2010, 1239, n° 26 et s.

(55 bis) Toutefois, la Chambre sociale reconnaît déjà de nombreuses nullités sans texte : F. Gaudu, les nullités du licenciement et le « principe » pas de nullité sans texte, *D. soc.* 2010, p. 151 et s.

(56) Soc. 4 mars 2003, *Bull. civ. V*, n° 79.

(57) Soc. 8 juill. 2010, n° 08-45.592.

(58) Soc. 30 sept. 2010 n° 09-40.114, *JCP S* 2010, 1513, note Dumont ; *D.* 2010, 2371 ; *RJS* 12/10, n° 917, *JCP E* 2010, 1997, note F. Duquesne : « *L'absence de pouvoir du signataire de la lettre de licenciement prive le licenciement de cause réelle et sérieuse* »

(59) Soc. 26 janv. 2011, n° 08-43.475, 274, FS P+B, SAS Edimark c/ Chatrain, préc. note 12.

au droit commun du mandat, est bien une source de flexibilité des droits des salariés. C'est encore dans le droit du travail que le salarié trouvera les armes pour se défendre revenant à la recherche d'un défaut de procédure ou d'une absence de cause réelle et sérieuse pour combattre la décision qui l'a évincé. Dans le conflit entre les principes de « liberté d'entreprendre » et de « droit à l'emploi », c'est le premier qui sort en l'espèce gagnant. Dans son communiqué, accompagnant la mise en ligne des arrêts de novembre 2010, la Cour de cassation a rappelé l'enjeu économique de la SAS (60).

Attention aux incidences du droit spécial des sociétés sur le droit du travail (61)... si toutefois on n'avait pas conscience de ce danger pour les salariés. Pour la sécurité des salariés, ne faut-il pas infléchir la liberté contractuelle offerte par le droit des sociétés et revenir à un formalisme que l'on voulait fuir, au besoin par l'insertion de dispositions sociales particulières dans le Code du travail ? La réglementation de la société européenne a démontré que cela est tout à fait possible (62). Tout dépend des intérêts que l'on souhaite effectivement protéger.

Florence Maury

(60) Communiqué de la Cour de cassation : « (...) Cette question faisait l'objet d'un vif débat au sein des milieux économiques et juridiques. De la position adoptée par la Cour de cassation dépendaient d'importants enjeux, car les SAS sont, quantitativement, la première forme de sociétés par actions. Un grand nombre d'entre elles a un poids économique considérable et emploie plusieurs milliers de salariés ».

(61) A. Lyon-Caen, Le pouvoir entre droit du travail et droit des sociétés. A propos du licenciement dans une SAS, RDT 2010, p. 494.

(62) C. trav., L. 2353-1 et s.

Annexe

LICENCIEMENT – 1° Formalités légales – Lettre de licenciement – Signature – Qualité du signataire (deux espèces) – Délégation de pouvoir – Délégation écrite – Nécessité (non) (première espèce) – Mandataire – Défaut de mandat – Ratification du licenciement – Possibilité par tout moyen (deuxième espèce) – 2° Société par actions simplifiée – Direction – Pouvoir de représentation à l'égard des tiers – Titulaires – Directeur général ou directeur général délégué – Délégation – Conditions – Délégation spéciale – Engagement ou licenciement des salariés de l'entreprise (deuxième espèce).

Première espèce :

COUR DE CASSATION (Ch. Mixte) 19 novembre 2010

Whirlpool France contre **J.** (p. n° 10-10.095)

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que contestant la mesure de licenciement pour faute grave dont il avait fait l'objet de la part de la société par actions simplifiée Whirlpool France (la société), son employeur, suivant lettre signée par la personne responsable des ressources humaines, M. J. a saisi un Conseil de prud'hommes ;

Sur le moyen unique, pris en sa deuxième branche :

Vu l'article L. 227-6 du Code de commerce, ensemble l'article L. 1232-6 du Code du travail ;

Attendu que si, selon le premier de ces textes, la société par actions simplifiée est représentée à l'égard des tiers par son président et, si ses statuts le prévoient, par un directeur général ou un directeur général délégué dont la nomination est soumise à publicité, cette règle n'exclut pas la possibilité, pour ces représentants légaux, de déléguer le pouvoir d'effectuer des actes déterminés tel que celui d'engager ou de licencier les salariés de l'entreprise ;

Attendu que pour dire le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse, l'arrêt retient que la société ne justifie pas de la désignation conforme aux statuts d'un directeur général avec délégation du pouvoir de licencier ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Et sur le moyen, pris en sa troisième branche :

Vu l'article L. 227-6 du code de commerce, ensemble les articles L. 1232-6 du Code du travail, 1984 et 1998 du Code civil ;

Attendu qu'aucune disposition n'exige que la délégation du pouvoir de licencier soit donnée par écrit ; qu'elle peut être tacite et découler des fonctions du salarié qui conduit la procédure de licenciement ;

Attendu que pour dire le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse, l'arrêt retient l'absence de qualité à agir de la signataire de la lettre de licenciement ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que la lettre de licenciement avait été signée par la personne responsable des ressources humaines de la société, chargée de la gestion du personnel et considérée de ce fait comme étant délégataire du pouvoir de licencier, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la première branche du moyen :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 5 novembre 2009, entre les parties, par la Cour d'appel de Versailles ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel de Versailles, autrement composée.

(M. Lamanda, prés. - M. André, rapp. - M. Allix, av. gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, SCP Piwnicka et Molinié, av.)

Deuxième espèce :

COUR DE CASSATION (Ch. Mixte) 19 novembre
2010 ED contre P. (p. n° 10-30.215)

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que contestant la validité du licenciement dont il avait fait l'objet de la part de son employeur, la société par actions simplifiée ED (la société), suivant lettre recommandée signée par MM. M. et G., en leurs qualités respectives de chef de secteur et de chef des ventes, M. P., ainsi que l'union syndicale Solidaires Paris et le syndicat SUD-ED ont saisi un conseil de prud'hommes, statuant en formation de référé, afin d'obtenir, notamment, la constatation de la nullité de ce licenciement ;

Sur le premier moyen, pris en sa première branche :

Vu l'article L. 227-6 du Code de commerce, ensemble l'article L. 1232-6 du Code du travail ;

Attendu que si, selon le premier de ces textes, la société par actions simplifiée est représentée à l'égard des tiers par son président et, si ses statuts le prévoient, par un directeur général ou un directeur général délégué dont la nomination est soumise à publicité, cette règle n'exclut pas la possibilité, pour ces représentants légaux, de déléguer le pouvoir d'effectuer des actes déterminés tel que celui d'engager ou de licencier les salariés de l'entreprise ;

Attendu que pour constater la nullité du licenciement, l'arrêt retient que la lettre de licenciement doit émaner soit du président de la société par actions simplifiée, soit de la personne autorisée par les statuts à recevoir délégation pour exercer le pouvoir de licencier détenu par le seul président ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Et sur le premier moyen, pris en sa cinquième branche :

Vu l'article L. 1232-6 du Code du travail, ensemble l'article 1998 du Code civil ;

Attendu qu'en cas de dépassement de pouvoir par le mandataire, le mandant est tenu de l'acte de celui-ci s'il l'a ratifié expressément ou tacitement ;

Attendu que pour constater la nullité du licenciement, l'arrêt retient qu'il a été prononcé par une lettre dont les signataires n'avaient pas le pouvoir de licencier ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il ressortait de ses propres énonciations que la société, en la personne de son représentant légal, reprenait oralement ses conclusions aux termes desquelles elle soutenait la validité et le bien-fondé du licenciement dont M. P. avait fait l'objet et réclamait le rejet de toutes les prétentions de ce dernier, ce dont il résultait la volonté claire et non équivoque de cette société de ratifier la mesure prise par ses préposés, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 3 décembre 2009, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel de Paris, autrement composée.

(M. Lamanda, prés. - M. André, rapp. - M. Allix, av. gén. - SCP Ancel et Couturier-Heller, SCP Célice, Blancpain et Soltner, av.)

LES RESTRUCTURATIONS ET LEUR IMPACT SUR LES RELATIONS DE TRAVAIL Colloque des Instituts du Travail à Saint-Etienne

Judi 3 novembre 2011

Matin : Notion et réglementation des restructurations.

La notion de restructuration :

En économie industrielle : N. JACOBY, Maître de conférences Institut Sceaux.

En économie du travail : M. ROCCA, Institut Grenoble, Directeur de la faculté de Droit.

En droit : J.-F. PAULIN, Maître conférences, Directeur Institut Lyon.

Les opérations correspondant aux restructurations :

Le transfert d'entreprise : B. LARDY- PELISSIER, Maître de conférences, Université Toulouse.

Le règlement des difficultés des entreprises :

Etienne MARTIN, Administrateur Judiciaire Saint-Étienne.

Après-midi : Les impacts des restructurations sur les relations sociales.

Les conséquences des restructurations sur les relations de travail :

Approche sociologique : M. CORREIA, Maître conférences, Directeur Institut Aix.

Le regard des acteurs sociaux : **Table ronde** animée par C. SACHS-DURAND, Professeur, Institut Strasbourg, avec la participation de représentants des syndicats CGT, CFDT et FO, de A. SCARFOGLIERO (avocat), et de représentants de la DIRECCTE.

Adaptation des effectifs et licenciements économiques :

L. DE LAUNAY, Doctorant Institut Bordeaux.

Les négociations portant sur les restructurations :

A. FABRE, Maître conférences, Directeur Institut Rennes.

Éléments de comparaison européenne : S. LAULOM, Professeure, Institut Saint-Étienne.

Vendredi

4 novembre 2011

Matin :

L'accompagnement social
des réductions d'effectif

Les plans de sauvegarde de
l'emploi : Y. LEROY, Maître
conférences Institut Nancy.

Les dispositifs de transition
professionnelle : J.-F. ROBINET,
Sous-Directeur Politiques de
l'Emploi au Ministère du Travail.

Table ronde sur le traitement des réductions d'effectifs

animée par G. SEBASTIEN,
Maître de conférences, Directeur
Institut Grenoble, avec la
participation notamment de
représentants des syndicats CGT,
CFDT et FO et de l'AFPA.