

# Le salarié investi d'un mandat extérieur à l'épreuve de la schizophrénie patronale : la Chambre sociale de la Cour de cassation confirme le diagnostic erroné du Conseil constitutionnel

par *Thierry DURAND*, Conseiller prud'homme

## I. Une erreur de diagnostic du Conseil constitutionnel

- A. Une méconnaissance du mal
- B. Un traitement inadapté

## II. Des effets secondaires mal maîtrisés

- A. Une exposition accrue des représentants des salariés au congédiement
- B. Une position judiciaire qui appelle des mesures de prévention

**Les fonctions et mandats qu'exercent les représentants des travailleurs les mènent, plus ou moins fréquemment mais nécessairement, à s'opposer à leur employeur et à s'exposer à sa vindicte. C'est une caractéristique du bon exercice desdites fonctions, car un représentant qui n'agirait que dans l'intérêt de son employeur, aux dépens des salariés qu'il représente, ne respecterait pas le mandat que ces derniers lui ont confié. Ainsi celles et ceux que l'on nomme communément « salariés protégés » (1), sont davantage des « salariés exposés » (2) et c'est de cette évidence qu'est née la protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun dont ils jouissent.**

**La protection du salarié investi de fonctions représentatives repose donc sur deux finalités. La première, propre audit salarié, consiste en une atténuation des effets du lien de subordination juridique qui le lie à son employeur, dans le but de lui permettre d'assumer les missions qui lui sont dévolues. A cette fin, le salarié protégé ne saurait être sanctionné pour des faits intervenus dans l'exercice de ses activités syndicales (3). La seconde, de portée plus générale, vise à préserver le droit reconnu constitutionnellement aux travailleurs de s'organiser pour la défense des intérêts qui leur sont propres, en érigeant la protection de leurs représentants, « découlant d'exigences constitutionnelles » selon le Conseil (4), « dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs », comme souligné par la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'État. C'est en ce second sens que la protection du salarié investi de fonctions représentatives revêt un caractère d'ordre public, dont l'employeur ne peut s'exonérer et à laquelle le salarié ne peut renoncer par avance.**

**Ce statut protecteur affecte notamment l'employeur d'une incapacité de résiliation unilatérale du contrat de travail qui l'empêche de poursuivre la rupture du contrat de travail du salarié sans avoir obtenu l'autorisation préalable de l'autorité administrative. La violation de cette obligation par l'employeur est constitutive du délit d'entrave et entache la rupture intervenue de nullité. Cette situation ouvre droit pour le salarié à sa réintégration et engage l'employeur à l'indemniser du préjudice résultant de la violation du statut protecteur (5) et des autres chefs de préjudice (6).**

(1) On se reportera, pour un exposé de ce régime particulier, à H. Rose et Y. Struillou, *Droit du licenciement des salariés protégés*, 4<sup>e</sup> éd., Economica, 2010.

(2) Comme le soulignent E. Peskine et C. Wolmark, *Droit du travail*, 6<sup>e</sup> éd., 2011, Dalloz, § 883 ; voir également S. Geynet-Bourgeon et J. Dechoz, *Salariés protégés, salariés exposés, salariés sacrifiés*, Dr. Ouv. 2012, p. 329.

(3) Article L. 2141-5 du Code du Travail ; Soc. 30 juin 2010 n<sup>os</sup> 09-66792 et 09-66793, Bull. civ. V, n<sup>o</sup> 152 ; Soc. 4 juil. 2000, Bull. civ., n<sup>o</sup> 263 ; M. Grévy, *Syndicats professionnels I. Droit syndical dans l'entreprise*, Encyclopédie Dalloz Rép. Travail, n<sup>os</sup> 677 et s.

(4) Alinéas 6, 7 et 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ; CC 20 juill. 1988, n<sup>o</sup> 88-244 DC, *Loi portant amnistie* ; CC 16 janv. 1991, n<sup>o</sup> 90-284, *Loi relative au conseiller du salarié*.

(5) Soc. 27 mai 1970, n<sup>o</sup> 69-40070, Bull. civ. V, n<sup>o</sup> 362, Dr. Ouv. 1971, p. 193 ; Soc. 10 juil. 1990, n<sup>o</sup> 86-43699, *Bourdon* ; Soc. 10 mai 2006, n<sup>o</sup> 04-40901, *Sté CIAM*.

(6) Soc. 17 oct. 1989, Bull. civ. V, n<sup>o</sup> 596 ; Soc. 17 mars 1993 ; Soc. 10 déc. 1997, n<sup>o</sup> 94-45254, *Bernard*, Bull. civ. V, n<sup>o</sup> 431 ; Soc. 12 juin 2001, n<sup>o</sup> 99-41695, *Peccoud*, Bull. civ. V, n<sup>o</sup> 219, RPDS 2001, p. 330, n. L. Milet, Dr. Ouv. 2002, p. 125 n. L. Milet ; Soc. 13 nov. 2001 ; Soc. 22 mai 2002, n<sup>o</sup> 00-42213 ; Soc. 2 juin 2004, n<sup>o</sup> 02-41045, Bull. civ. V, n<sup>o</sup> 153, *Sté Vendôme express*, RPDS 2004, n<sup>o</sup> 715, p. 371, comm. L. Milet ; Soc. 23 nov. 2004, n<sup>o</sup> 02-44262, Bull. civ. V, n<sup>o</sup> 296, *Sté ECF CESR FP*.

Le champ d'application *rationae personae* de cette protection spéciale s'étend (7) non seulement aux salariés investis de mandats électifs ou désignatifs internes à l'entreprise, mais également à ceux qui exercent des mandats extérieurs, tels que le Conseiller prud'homme ayant le statut salarié (8), qu'il soit élu dans le collège salarié ou employeur (9), les candidats aux élections des conseillers prud'hommes (10), les salariés exerçant les fonctions d'administrateurs d'un organisme général de Sécurité sociale (11) ou de mutualité sociale agricole (12), ou encore les conseillers du salarié inscrits sur une liste dressée par le Préfet (13), les représentants des salariés dans les chambres d'agriculture (14), les salariés membres du conseil d'administration d'une mutuelle, union ou fédération (15).

Ces salariés disposent d'autorisations d'absence de leur entreprise pour l'exercice des activités liées à leur mandat. Mais, même investis du mandat, certains sont temporairement ou plus durablement sous-utilisés ; leur absence d'activité déclarée (16) n'est pas le résultat d'une insuffisance d'engagement de leur part, mais le produit d'un fonctionnement global.

Il en est ainsi, notamment, des membres des Conseils de prud'hommes : bien que jouissant du statut protecteur à compter de la promulgation des résultats des élections, ils ne peuvent exercer leur mandat qu'à partir de l'installation consécutive à la prestation de serment, ce qui peut s'opérer après plusieurs semaines, voire mois, par insuffisance de magistrats, et donc d'audiences, permettant la réception desdits serments. A cela s'ajoute la problématique, fréquente, des remplacements, suite à une démission, où un Conseiller n'est appelé qu'en cours de mandat.

Les conseillers du salarié peuvent également être insuffisamment sollicités, singulièrement ceux... dont

l'initiale du patronyme se situe en fin d'alphabet ! En effet, les salariés des entreprises dépourvues d'instances représentatives du personnel qui ont recours à ces conseillers sont (trop) souvent éloignés des organisations syndicales. Aussi ont-ils tendance à solliciter les premiers conseillers, à tout le moins les premiers de l'organisation syndicale de leur choix, rencontrés dans la liste dressée par les services préfectoraux dans l'ordre alphabétique.

Enfin, il est courant que les salariés investis exercent les activités afférentes à leur mandat en dehors et en sus du temps de travail, sans incidence sur leur activité professionnelle, ce qui est susceptible de fonder l'alibi de certains employeurs quant à leur ignorance de l'exercice desdits mandats.

L'exercice de mandats extérieurs à l'entreprise n'est pas nécessairement, en lui-même, contesté par les employeurs, qui y voient souvent l'occasion d'éloigner, tout au moins pour le temps des activités qui leur sont dévolues, les militants syndicaux qui en sont investis. L'existence, ou plutôt l'efficacité, du statut protecteur et des conséquences qui découlent de sa violation attire davantage leur ire.

C'est aux fins de remettre en cause cette protection d'ordre public des salariés investis d'un mandat extérieur à l'entreprise qu'une question prioritaire de constitutionnalité a été soulevée par un employeur à l'occasion d'un contentieux prud'homal, laquelle question fut renvoyée au Conseil constitutionnel par la Chambre sociale de la Cour de cassation. Par une décision du 14 mai 2012, mal fondée en fait et malvenue en droit, le Conseil constitutionnel ouvrait la voie (I) d'un revirement de la doctrine de la Chambre sociale de la Cour de cassation, aux conséquences hautement préjudiciables pour les représentants de travailleurs (II).

## I. Une erreur de diagnostic du Conseil constitutionnel

Par décision du 7 mars 2012, la Chambre sociale de la Cour de cassation renvoyait une question

prioritaire de constitutionnalité au Conseil concernant le statut protecteur des salariés investis d'un mandat de

(7) H. Rose et Y. Struillou, *Droit du licenciement des salariés protégés*, préc.

(8) Articles L. 1442-19 et L. 2411-22 du Code du travail.

(9) Crim. 22 avr. 1986, n° 85-93671, Bull. crim. n°133 ; CE 10 juin 1994, n° 138241, *M. Gérard X. c/ SA Cie française de thermalisme*, Rec. p. 314.

(10) Article L. 2411-22 du Code du travail.

(11) Article L. 231-11 du Code de la Sécurité Sociale ; articles L. 2411-18 et L. 2411-3 du Code du travail.

(12) Article L. 723-36 du Code rural et de la pêche maritime ; article L. 231-11 du Code de la Sécurité Sociale ; articles L. 2411-18 et L. 2411-3 du Code du travail.

(13) Article L. 2411-21 du Code du travail ; CC 16 janv. 1991, n° 90-284 DC, *Loi relative aux conseillers du salarié*, Rec. p. 20 ; Soc. 14 janv. 2003, n° 00-45883, Bull. civ. V, n° 4 ; Soc. 27 janv. 2010, n° 08-44376, *Sté SNN Clermont*.

(14) Article L. 515-4 du Code rural et de la pêche maritime ; art. L. 2411-20 et L. 2411-3 du Code du travail.

(15) Articles L. 2411-19 du Code du travail et L. 114-24 du Code de la mutualité.

(16) Par « déclarée », on entend ici une activité donnant lieu à prise en compte au titre des absences autorisées ; ces mêmes militants sont engagés, par ailleurs, dans nombre d'autres occupations syndicales qui ne font pas l'objet d'un tel décompte.

membre du conseil ou d'administrateur d'une caisse de Sécurité sociale : « *Le moyen tiré d'une atteinte au principe d'égalité et à la liberté d'entreprendre présente un caractère sérieux en ce que les dispositions en cause ne prévoient pas, lorsque le salarié est investi d'un mandat extérieur à l'entreprise, l'obligation pour celui-ci d'en informer son employeur, de sorte que ce dernier se trouve exposé, en cas de rupture du contrat de travail de ce salarié intervenue en l'absence d'autorisation administrative, à des sanctions, notamment pénales* » (17). En suite de cette saisine, le Conseil constitutionnel prenait une décision en date du 14 mai 2012, à notre sens à la fois inadaptée (A) et critiquable (B).

## A. Une méconnaissance du mal

### 1. La décision du Conseil

Aux termes de sa décision du 14 mai 2012, le Conseil constitutionnel déclare conforme à la Constitution les dispositions protectrices des salariés investis d'un mandat de membre du conseil ou d'administrateur d'une caisse de Sécurité sociale ; il émet toutefois la réserve suivante : « *Considérant que la protection assurée au salarié par les dispositions contestées découle de l'exercice d'un mandat extérieur à l'entreprise ; que, par suite, ces dispositions ne sauraient, sans porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle, permettre au salarié protégé de se prévaloir d'une telle protection, dès lors qu'il est établi qu'il n'en a pas informé son employeur au plus tard lors de l'entretien préalable au licenciement ; que, sous cette réserve, le 13° de l'article L. 2411-1 du Code du travail et les articles L. 2411-3 et L. 2411-18 du même code ne sont pas contraires à la liberté d'entreprendre* » (18). Cette réserve de constitutionnalité concerne tant la nullité de plein droit du licenciement du salarié protégé prononcé en méconnaissance des dispositions relatives à la procédure d'autorisation administrative que le délit d'entrave caractérisé par la même méconnaissance (19).

(17) Soc. 7 mars 2012, n° 11-40106, *Association Temps de vie*.

(18) Considérant 10 de CC 14 mai 2012, n° 2012-242 QPC, *Association Temps de vie*, Dr. Ouv. 2012, p. 621, n. PY. Gahdoun.

(19) Considérants 8, 9 et 12.

(20) Voir notamment Soc. 20 mai 2002, n° 00-42213, *SNC Hydro alum Châteauroux*, Bull. civ. V, n° 175, Dr. Ouv. 2003, p. 157 : « *Mais attendu que la cour d'appel, ayant constaté que la nomination du salarié comme administrateur de l'Urssaf avait été publiée aux recueils des actes administratifs de la préfecture de région et de la préfecture de département, il en résulte (...) qu'en raison de cette publicité, cette nomination est opposable à tous* »

(21) Voir notamment Soc. 14 janv. 2003, n° 00-45883, Bull. civ. V, n° 4 : « *Mais attendu, d'abord, qu'aux termes de l'article D. 122-3 du Code du travail, la liste des conseillers*

## 2. Une entorse aux principes du droit administratif

Qu'il s'agisse des administrateurs des caisses de Sécurité sociale (20), des conseillers du salarié (21), ou encore des membres des conseils de prud'hommes, l'investiture des salariés dans ces mandats fait l'objet d'un arrêté préfectoral publié au recueil des actes administratifs. Cet arrêté préfectoral constitue un acte administratif unilatéral à caractère général et impersonnel. L'acte en question présente la double finalité de porter à la connaissance des administrés la liste des personnes investies de ces missions d'intérêt général (concernant la liste des conseillers du salarié, elle permet, en outre, aux salariés des entreprises dépourvues d'instances représentatives du personnel d'avoir les coordonnées desdits conseillers) et de marquer le point de départ de la protection des salariés investis. Ses destinataires sont indéterminés.

Or, en matière administrative, le principe veut que les actes administratifs unilatéraux à caractère général et impersonnel dont les destinataires restent indéterminés entrent en vigueur à compter de leur publication au Journal Officiel ou dans un recueil officiel, et que les actes individuels sont notifiés à leur destinataire. Ainsi, la publication d'un acte administratif fait courir le délai de recours à son encontre (22) et le rend opposable à tous (23) ; seule l'absence des mesures de publicité prévues pour l'acte le rend inopposable aux tiers (24).

C'est précisément ce principe fondamental de droit public qui a, jusqu'alors, guidé la doctrine des cours suprêmes des deux ordres, posant que l'ignorance alléguée, tant par l'employeur que par l'administration, de la qualité de conseiller prud'homme d'un salarié de l'entreprise ne le prive pas des garanties attachées à son statut, dès lors que les résultats ont été publiés au recueil des actes administratifs du département (25). La protection du

*est établie par le préfet et qu'elle est publiée au recueil des actes administratifs de la préfecture ; qu'elle peut être consultée tant en préfecture qu'à l'inspection du travail et en mairie ; qu'il en résulte qu'en raison de cette publicité, les inscriptions sur ladite liste, sont opposables à tous* »

(22) CE 4 août 2006, n° 278515, *M. B.*

(23) On se reportera, pour de plus amples précisions, au fascicule 107-40 du Jurisclasseur Administratif « Acte administratif - Publicité des actes administratifs unilatéraux »

(24) CE 13 déc. 1957, *Barrot et autres*, Rec. p. 675.

(25) CE 9 mars 1983, n° 40052, *Durand*, Rec. p. 887 ; CE 13 déc. 2005, n° 277748, *Agence nationale pour l'insertion et la promotion des travailleurs d'Outre-mer* ; Soc. 29 sept. 2009, n° 08-43848, *X. c/ Sté Allo Télécom*.

conseiller du salarié court à compter du jour où la liste est arrêtée dans le département par le préfet, en application de l'article D. 1232-5 du Code du travail, indépendamment des formalités de publicité prévues par ce dernier texte (26). S'agissant des candidats aux élections de conseillers prud'hommes, la période de protection spéciale court à compter de la publication de la liste des candidatures (27) ; la charge de la preuve n'est réservée au salarié qu'en matière d'imminence de sa candidature (28).

Par cette décision, le Conseil donne le jour à une exception en matière de publicité des actes administratifs. Faut-il donc considérer qu'à présent, les administrés sont susceptibles d'ignorer les actes administratifs réglementaires dûment publiés ? Un administré lambda pourra-t-il, demain, braver une interdiction réglementaire et arguer ne pas avoir eu connaissance d'un arrêté préfectoral limitant la vitesse automobile ou une interdiction de remplir la piscine de sa résidence secondaire ? Ou est-ce un privilège réservé, une fois de plus, aux employeurs qui, alors que personnes de droit privé, disposent déjà d'un pouvoir réglementaire leur permettant d'édicter des règles à portée générale et impersonnelle opposable à d'autres personnes de droit privé (29) ?

### 3. La portée de la solution

Enfin, une dernière question demeure en suspens : celle du devenir du délit d'entrave, caractérisé jusqu'alors par la méconnaissance par l'employeur de l'obligation d'obtenir une autorisation administrative préalable au licenciement (30), ou par la demande en résiliation judiciaire du contrat de travail d'un salarié « protégé » introduite par l'employeur (31), ou encore de la mise en œuvre d'une modification du contrat ou des conditions de travail du salarié (32). À la lumière de la décision du Conseil constitutionnel, faut-il considérer que l'ignorance alléguée par l'employeur de la qualité de son salarié s'oppose à l'élément

intentionnel de l'infraction ? Faut-il, dès lors, s'attendre à ce que la Chambre criminelle, à l'instar de la solution adoptée par la Chambre sociale (33), considère non avenu l'arrêté préfectoral et exige, pour caractériser une infraction, que sa victime apporte la preuve de la conscience de son auteur ? Dans le cas contraire, faut-il considérer que la fin de la présomption de connaissance des actes administratifs publiés n'affecte que le salarié dans l'indemnisation du préjudice qu'il a subi par un congédiement illicite ?

Le Conseil constitutionnel, institution qui n'est pas une juridiction et n'offre guère de garanties (34), a donc rendu, par un tour de passe-passe juridique dont il a le secret, une décision dont tout laisse à penser qu'elle est plus empreinte d'opportunité que d'orthodoxie juridique. Cette affaire, comme trop souvent s'agissant du Conseil de la rue de Montpensier, laisse le goût amer d'un syllogisme inversé (35), dans lequel la solution est habillée de « principes juridiques » opportunément découverts (36). Les faits, les données contextuelles, ainsi qu'une solide dose d'idéologie plutôt que le droit, semblent avoir guidé, ici, le Conseil constitutionnel, chargé du contrôle de conformité de la loi à la Constitution, et non de régir les rapports sociaux. Outre la méconnaissance du contexte entourant l'exercice d'un mandat extérieur par le salarié dont est empreinte la décision rapportée, il est nécessaire de revenir sur sa motivation.

## B. Un traitement inadapté

Le Conseil constitutionnel pose le principe selon lequel les dispositions législatives protectrices contestées « *ne sauraient, sans porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle, permettre au salarié protégé de se prévaloir d'une telle protection, dès lors qu'il est établi qu'il n'en a pas informé son employeur au plus tard lors de l'entretien préalable au licenciement* » (37). La solution prétend instaurer

(26) Soc. 22 sept. 2010, n° 08-45227, *Sté Collin Graphic*, Bull. civ. V, n° 190 ; Soc. 22 sept. 2010, n° 09-41173, *Sté SEDI*, Bull. civ. V, n° 192.

(27) Soc. 12 sept. 2007, n° 06-43041, *Sté Ormont transports*, Bull. civ. V, n° 126.

(28) Soc. 5 mai 2009, n° 08-40540, *Sté Virgin Stores* ; Soc. 19 janv. 2011, n° 10-13972, X. c/ *Sté DIAC*, concernant le mandat de conseiller du salarié ; Soc. 12 sept. 2007, n° 06-43041, *Sté Ormont transports*, Bull. civ. V, n° 126, concernant le mandat de membre d'un conseil de prud'hommes.

(29) E. Peskine et C. Wolmark, *Droit du travail*, préc. § 201 s.; E. Dockès, *Valeurs de la démocratie*, Dalloz, spéc. chap. 3.

(30) Articles L. 2431-1 à L. 2437-1 du Code du travail.

(31) Cass. Ch. Mixte 21 juin 1974 (arrêts dits « *Perrier* ») n° 71-91225, Dr. Ouv. 1974, p. 321 ; Cass. Ass. Plén. 28 janv. 1983, n° 80-93511, *Soler*, Dr. Ouv. 1983, p. 320 ; Crim. 28 janv.

2004, Bull. Crim. n° 22 ; J. Péliissier, E. Dockès, G. Auzero, *Droit du travail*, 27<sup>e</sup> éd., 2012, Précis Dalloz, § 1021.

(32) Crim. 6 janv. 2004, n° 02-88240, Bull. Crim. n° 4.

(33) Soc. 14 sept. 2012, n° 11-28269, cf. *infra* II.

(34) P. Deumier, *Le Conseil constitutionnel, juridiction impartiale et indépendante ?*, RTDC 2012, p. 481.

(35) Le syllogisme est un « *raisonnement déductif formé de trois propositions, deux prémisses (la majeure constituant la norme applicable et la mineure s'agissant des faits applicables à la norme) et une conclusion, tel que la conclusion est déduite du rapprochement de la majeure et de la mineure* » (<http://atilf.atilf.fr>) ; le syllogisme inversé consiste à partir de la solution et à la justifier à l'aide d'un raisonnement artificiel mais plausible.

(36) Cf. développements *infra* I.B.

(37) CC 14 mai 2012, n° 2012-242 QPC, préc.



un équilibre entre, d'une part, la protection des salariés investis de mandats extérieurs à l'entreprise et, d'autre part, la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle.

Concernant la protection des salariés investis de mandat, le Conseil de la rue de Montpensier, après avoir énoncé que « *le législateur a entendu préserver [leur] indépendance dans l'exercice de leur mandat, qu'il a ainsi poursuivi un but d'intérêt général* » (38) considère pourtant, implicitement mais nécessairement, la protection des salariés investis de mandat comme instaurée à leur unique profit, puisque la mise en œuvre suppose qu'ils s'en prévalent.

La formulation choisie occulte totalement la seconde finalité de la protection (39), de portée générale : elle vise à préserver le droit reconnu constitutionnellement aux travailleurs de s'organiser dans la défense des intérêts qui leur sont propres (40), en érigeant la protection de leurs représentants « *dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs* », comme souligné par la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'État.

Ensuite, le Conseil constitutionnel entend appuyer sa décision sur la liberté d'entreprendre, liberté dite fondamentale, « née » de la plume de ce même Conseil en 1982 (41) et s'illustrant, notamment, comme le principe selon lequel « *l'employeur, responsable de l'entreprise, doit pouvoir, en conséquence, choisir ses collaborateurs* » (42) ; on apprend, en 2002, qu'elle découlait de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 (43). La Cour de cassation a entendu reconnaître valeur fondamentale à ce principe, pour la première fois en 2004 (44), au prix d'une dénaturation de sa signification, ainsi que Emmanuel

Dockès l'a magistralement démontré (45).

Outre le fait que cette liberté extensible soit couramment invoquée par les détracteurs de la réintégration, et que peut paraître surprenante la portée donnée à une telle extrapolation textuelle, il n'est pas aisé, ici, de cerner en quoi le fait pour l'employeur d'avoir connaissance de la qualité de son salarié viendrait préserver ladite « liberté d'entreprendre » et garantirait son « *pouvoir de choisir ses collaborateurs* », sauf à légitimer le refus pour un employeur d'embaucher un salarié investi d'un tel mandat !

Le second principe mis en exergue par le Conseil constitutionnel au soutien de sa décision réside en la « liberté contractuelle » (46). Ce principe est à portée pour le moins évolutive, le Conseil constitutionnel ayant, tout d'abord, considéré que « *aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle* » (47), puis « *que sa méconnaissance ne peut être invoquée devant le Conseil constitutionnel que dans le cas où elle conduirait à porter atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis* » (48) pour, ensuite, lui découvrir une valeur constitutionnelle découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 « revisité » (49) et, enfin, le consacrer explicitement sur les mêmes fondements de l'article 4 de la DDHC, probablement inconnus trois années auparavant. Pour autant, comme le souligne P. Y. Gahdoun, « *l'erreur la plus répandue à propos de la liberté contractuelle est de croire que la formulation du 19 décembre 2000 remplace la formulation retenue en 1998. En réalité, cette lecture « linéaire » de la jurisprudence du Conseil constitutionnel ne correspond pas à la jurisprudence telle qu'elle apparaît aujourd'hui. Il existe, en effet, deux contentieux bien distincts à propos de la liberté*

(38) Considérant 7.

(39) V. *supra* notre introduction.

(40) Articles 6, 7 et 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ; CC 20 juill. 1988, n° 88-244 DC, *Loi portant amnistie* ; CC 16 janv. 1991, n° 90-284, *Loi relative au conseiller du salarié*.

(41) CC 16 janv. 1982, n° 81-132 DC, *Loi de nationalisation*, Considérant 16.

(42) CC 20 juill. 1988, n° 88-244 DC, *Loi portant amnistie*, Considérant 22.

(43) CC. 12 janv. 2002, n° 2001-455, *Loi de modernisation sociale*, Considérant 45 ; art. 4 DDHC : « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque Homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi.* ».

(44) Soc. 13 juill. 2004, n° 02-15142, *Sté Carrefour France contre CGT*, Bull. Civ. V, n° 205, Dr. Ouv. 2005, p. 6.

(45) « *Le pouvoir patronal au-dessus des lois ? La liberté d'entreprendre dénaturée par la Cour de cassation* », Dr. Ouv. 2005, p. 1, disp. sur le site de la revue.

(46) P.-Y. Gahdoun, « Liberté contractuelle », fasc. 3150, Jurisclasseur Libertés.

(47) CC 3 août 1994, n° 94-348 DC, *Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition de directives du conseil des communautés européennes*, Rec. p. 117 ; CC 20 mars 1997, n° 97-388 DC, *Loi créant les plans d'épargne retraite*, Rec. Cons. Const. p. 31.

(48) CC 20 mars 1997, n° 97-388 DC, *Loi créant les plans d'épargne retraite*, Rec. C. Const. p. 31, Considérant 48.

(49) CC 10 juin 1998, n° 98-401 DC, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*, Rec. C. Const. p. 258, Considérant 29 : « *Considérant, enfin, que le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789* ».

contractuelle. Un contentieux relatif à l'exécution des contrats, c'est-à-dire aux contrats en cours, et qui est toujours régi par la formule retenue en 1998. Et un autre contentieux relatif à la formation des contrats, c'est-à-dire la capacité de contracter pour l'avenir, et qui est gouverné par la jurisprudence de 2000. Dans le premier cas, il s'agit de la « pérennité contractuelle », dans le second cas il s'agit de « l'impulsion contractuelle » (50).

L'invocation de ce principe comme fondement à la présente décision du Conseil constitutionnel ne s'impose pas, selon nous, avec la force de l'évidence (51) car seul a valeur constitutionnelle le versant « impulsion contractuelle » afférent à la conclusion du contrat. Son invocation par le Conseil à l'appui de réserves de constitutionnalité paraît donc ici exotique, sauf à légitimer à nouveau le refus pour un employeur d'embaucher un salarié investi d'un mandat extérieur.

Enfin, alors que le statut protecteur des salariés

investis de mandats électifs ou désignatifs, internes ou externes, revêt un caractère d'ordre public auquel le salarié ne saurait renoncer par avance, et auquel le Conseil constitutionnel lui-même a entendu reconnaître la vertu d'avoir été érigé « dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs » (52), cette dernière décision semble bien occulter totalement cet « ensemble de travailleurs », lesquels se verraient privés de la défense de leurs intérêts. Ces salariés auraient-ils droit de cité dans ce type de litige ? Leur permettra-t-on d'informer eux-mêmes l'employeur, dans leur intérêt ?

Si la QPC a indéniablement ouvert une voie nouvelle aux justiciables, force est de constater qu'elle est également source d'insécurité juridique lorsque, comme en l'espèce, le Conseil constitutionnel outrepassa son rôle. Notre critique aurait pu se clore ici si cette position du Conseil constitutionnel, n'avait été prévisiblement suivie de deux décisions de la Chambre sociale de la Cour de cassation, aux conséquences néfastes.

## II. Des effets secondaires mal maîtrisés

En suite de la décision rapportée du Conseil constitutionnel, la Chambre sociale de la Cour de cassation a pris deux arrêts consacrant une exposition accrue des représentants des travailleurs au congédiement (A) et engageant, dès lors, à prendre des mesures de prévention (B).

### A. Une exposition accrue des représentants des salariés au congédiement

De ces deux arrêts, en date du 14 septembre 2012, l'un élargit la solution néfaste aux membres des conseils de prud'hommes (1.), l'autre opère une analogie entre la solution du conseil relative aux administrateurs de caisses et le conseiller du salarié (2.).

#### 1. Une jurisprudence constitutionnelle sollicitée à l'excès sur certains aspects...

(50) P.-Y. Gahdoun, préc., n° 15.

(51) V. toutefois P.-Y. Gahdoun, Dr. Ouv. 2012, préc.

(52) CC 20 juill. 1988, n° 88-244 DC, *Loi portant amnistie* ; CC 16 janv. 1991, n° 90-284, *Loi relative au conseiller du salarié*.

(53) CE 8 fév. 1995, n° 134963, 135249, *Crédit Lyonnais*, Rec. n° 63, RPDS 1996, p. 169 ; Soc. 7 janv. 1988, n° 84-41960, *M. X c/ Sté Séquanaise de banque*, Bull. civ. V, n° 8 ; Soc. 5 mars 1996, n° 92-42490, *M. X c/ Sté Malitourne*, Bull. civ. n° 84, RPDS 1996, p. 167 ; Soc. 2 déc. 1998, n° 96-44668, *Crédit Lyonnais*, Bull. civ. n° 534 ; Soc. 23 janv. 2001, n° 99-41824, *M. Anstett c/ SNCF*, Bull. civ. V, n° 20 ;

#### a. La finalité de la protection en question

Le statut protecteur des représentants des travailleurs produit ses effets à l'égard des différentes formes de rupture du contrat de travail ; le champ d'application *rationae materiae* du statut protecteur s'étend, notamment, sur les fondements combinés des articles L. 1231-2 et L. 1237-5 du Code du travail, à la mise à la retraite du salarié « protégé » (53).

Le Conseil d'État a étendu l'exigence d'entretien préalable à la mise à la retraite du salarié protégé (54), érigeant cette obligation en formalité substantielle, dont le non-respect vicie la procédure et entache de nullité l'autorisation administrative. Il en va également ainsi du non-respect du délai de cinq jours ouvrables entre la convocation du salarié et la tenue de l'entretien préalable (55) ou de l'abstention de l'employeur au cours de l'entretien d'énoncer les motifs de la décision de licenciement envisagée (56).

Soc. 10 déc. 2003, n° 01-43876, *Crédit Lyonnais*, Bull. civ. n° 314 ; Soc. 27 oct. 2004, n° 01-45902, Bull. civ. n° 275, *Crédit Lyonnais* ; Soc. 6 avr. 2005, n° 03-43629, *M. X c/ SNCF*, Bull. civ. V, n° 125 ; Soc. 12 juill. 2006, n° 04-48351, *Sté EDF-GDF*, Bull. civ. V, n° 248, Dr. Ouv. 2007, p. 238.

(54) CE 17 juin 2009, n° 304027, *Crédit du Nord*, Dr. Ouv. 2009, p. 370, concl. Y. Struillou.

(55) CE 20 mars 2009, n° 312258, *M. Michel c/ Sté Armor*, Rec.

(56) CE 19 mars 2008, n° 289433, *M. Bernard Coette c/ Sté les transports vertusiens*, Rec. tables

En outre, l'employeur est également tenu de consulter le comité d'entreprise préalablement à la mise à la retraite (57) d'un salarié investi d'un mandat interne à l'entreprise ou au groupe (délégué du personnel, membre du comité d'entreprise titulaire ou suppléant, représentant syndical au comité d'entreprise, membre de CHSCT (58), membre du groupe spécial de négociation, membre du Comité européen, représentant au Comité de la société européenne, etc. (59)).

Or, par une décision du 14 septembre dernier, la Cour de cassation, opérant un revirement total de sa doctrine, a fait application du principe nouveau posé par le Conseil constitutionnel à la mise à la retraite d'un salarié investi d'un mandat extérieur à l'entreprise (60).

Un directeur des ressources humaines est mis à la retraite par son employeur après 13 années de « bons et loyaux » services. Ce salarié sur la fiche de paie et patron dans le fauteuil, ayant certainement servi avec tout le zèle nécessaire à la fonction, fut présenté sur une liste patronale en vue de l'élection des membres collègue employeur des Conseils de prud'hommes, mandat auquel il fut élu (61) en janvier de l'année de sa mise à la retraite. L'employeur (le représentant légal de la personne morale ou le nouveau DRH) n'ayant pas sollicité d'autorisation administrative préalable à la mise à la retraite, notre ex-DRH, qui avait vu tant de salariés dont les droits avaient été spoliés, se souvint alors qu'il en était lui-même, et se laissa aller à attirer son employeur par devant le Conseil de prud'hommes d'une demande tendant à la nullité de la rupture de son contrat de travail et, très probablement, surtout, à l'indemnisation afférente. La Cour d'appel accueillit la demande du salarié, mais réduisit l'indemnisation de la violation du statut protecteur au motif d'un manquement dudit salarié à l'obligation de loyauté résultant du défaut d'information de son employeur quant au mandat exercé.

Saisie du pourvoi du salarié, la Chambre sociale, soulevant d'office le moyen et procédant par analogie avec la décision du Conseil constitutionnel concernant le salarié administrateur d'une caisse de Sécurité sociale, étend la règle nouvelle au salarié membre d'un

Conseil de prud'hommes en posant « *que la protection assurée au salarié par les articles précités découle d'un mandat extérieur à l'entreprise, dont l'employeur n'a pas nécessairement connaissance ; que, par sa décision du 14 mai 2012, le Conseil constitutionnel a dit que les dispositions découlant de l'exercice d'un mandat extérieur à l'entreprise assurant une protection au salarié ne sauraient, sans porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle, permettre au salarié de se prévaloir d'une telle protection, dès lors qu'il est établi qu'il n'en a pas informé son employeur au plus tard lors de l'entretien préalable au licenciement ; qu'il s'en déduit que le salarié, titulaire d'un mandat de conseiller prud'homal mentionné par l'article L. 2411-1-17 du Code du travail, ne peut se prévaloir de cette protection que si, au plus tard lors de l'entretien préalable au licenciement, ou, s'il s'agit d'une rupture ne nécessitant pas un entretien préalable, au plus tard avant la notification de l'acte de rupture, il a informé l'employeur de l'existence de ce mandat ou s'il rapporte la preuve que l'employeur en avait alors connaissance* » (62). Constatant que l'employeur n'avait pas été informé par son collaborateur de la détention du mandat lors d'un entretien tenu avant la mise à la retraite, la Chambre sociale entra en voie de cassation.

Derrière ce cas, particulièrement atypique, qui pourrait nous donner la satisfaction de voir l'arroseur arrosé, se cache une solution préjudiciable à tout salarié investi d'un mandat électif ou représentatif extérieur à l'entreprise. Elle appelle, dès lors, la critique.

Tout d'abord, cette décision n'était en rien contrainte par la position nouvelle du Conseil constitutionnel, tant il ressort du commentaire de la décision du Conseil, par les services du Conseil eux-mêmes, que « *par sa décision n° 2012-242 QPC du 14 mai 2012, le Conseil a, d'une part, estimé que, s'agissant de l'article L. 2411-1, la QPC ne portait que sur le 13° et, d'autre part, jugé les dispositions contestées conformes à la Constitution sous une réserve d'interprétation* » (63). Le 13° de l'article L. 2411-1 du Code du travail ne concernant que les membres du conseil ou administrateurs d'une caisse de Sécurité sociale, il apparaît que la Chambre sociale de la Cour

(57) Mais nécessairement postérieurement à l'entretien préalable (art. R. 2421-8, C. Tr.) ; CE 3 avr. 1991, n° 107079, *Sté anonyme des nouvelles galeries* ; add. sur l'articulation entre l'entretien et la séance du Comité : CE 16 déc. 2009, n° 327032, Dr. Ouv. 2010, p. 136, concl. Y. Struillou, n. L. Pécaut-Rivolier.

(58) Article L. 2421-3 du Code du travail ; CE 26 oct. 2011, n° 335755, *M. B. c/ Sté Elf Exploration Production*.

(59) Articles L. 2421-4 à L. 2421-10 du Code du travail.

(60) Soc. 14 sept. 2012, n° 11-21307, *Nélis c/ Sas Iton Seine*, publié au bulletin, reproduite ci-après p. 37.

(61) Ici en remplacement sur un siège devenu vacant en cours de mandat (les élections prud'homales avaient eu lieu en 2002).

(62) Soc. 14 sept. 2012, n° 11-21307, préc.

(63) Disponible sur le site du Conseil constitutionnel <http://www.conseil-constitutionnel.fr>.

de cassation n'avait pas l'obligation de procéder à un tel raisonnement par analogie (64).

Ensuite, cette décision est source de difficultés, qui ne manqueront pas de poindre.

Primo, cet arrêt, s'il consacre un principe fâcheux, est né d'un cas d'espèce qui mérite de s'y attarder. En effet, comme précédemment souligné, le salarié qui entendait se prévaloir de la protection spéciale n'était autre qu'un conseiller prud'homme issu du collège employeur (65). Dans ce type de cas, également, l'ignorance feinte de leur qualité par l'employeur ne devrait pas résister au bon sens : ces êtres hybrides, oscillant entre salariat et patronat (66), sont présentés sur des listes d'organisations patronales à l'initiative même de leur employeur. Comment pourrait-il en être autrement, alors que les adhérents aux organisations patronales sont les entreprises, personnes morales, et non leurs cadres dirigeants ? C'est nécessairement au nom de l'entreprise que ce DRH a été proposé. La question ne peut donc, en aucun cas, être de savoir si l'employeur avait eu connaissance de cette mission ; en revanche, il serait particulièrement légitime de s'interroger sur l'opportunité d'une protection offerte à un membre du collège « employeur » au seul motif que, juridiquement, il bénéficie d'un contrat de travail. Plutôt que d'ergoter sur l'instrumentalisation du statut protecteur en désignant les militants syndicaux à la vindicte générale, c'est cette réforme-là de la législation qui aurait dû être demandée (67). En toute hypothèse, l'argument tenu de l'ignorance de l'employeur quant à une telle candidature ne saurait prospérer.

La Cour de cassation n'est pas le juge du fait, elle n'a donc pas exercé son contrôle sur les constatations de la Cour d'appel dans l'arrêt rapporté ; il n'en demeure pas moins que ce contrôle aurait pu intervenir quant à la charge et aux moyens de la preuve. La Chambre sociale, s'agissant d'une charge probatoire inédite, aurait très bien pu en fixer les contours et considérer, comme l'y invitait le pourvoi du DRH déchu, que l'employeur avait connaissance, si ce n'est de l'élection, tout au moins de la candidature du salarié : le MEDEF des Yvelines avait adressé au directeur-général adjoint un courrier l'informant de cette candidature (donnée figurant dans le pourvoi du « salarié ») ! La Chambre sociale aurait ainsi pu censurer la Cour d'appel, qui

n'a pas tenu compte de cet élément, étant considéré que, si la Haute Cour entend contrôler l'absence d'information de l'employeur, il serait mal compris qu'elle n'en contrôle pas l'opposé et que ce contrôle se limite aux constatations des Cours d'appel en l'état d'une jurisprudence naissante et à la portée encore incertaine.

Enfin, comme le pointait très justement le pourvoi incident de l'employeur, la protection des représentants des salariés, dont les membres des conseils de prud'hommes, est instituée « *dans l'intérêt des salariés qu'ils représentent* ». Dès lors, et c'est peut-être là que le bât blesse, comment considérer qu'un salarié, optant pour l'œuvre patronale, jouisse d'une protection dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs dont il s'est attaché à contester les droits ? L'invocation d'une protection instituée en faveur de l'indépendance de la justice n'est pas plus propre à nous satisfaire car, en pratique d'une part, l'indépendance de la juridiction prud'homale est garantie par le paritarisme, et d'autre part, de manière plus objective, une protection similaire aurait, dès lors, été instituée s'agissant des juges consulaires, parmi lesquels siègent également des salariés qui s'ignorent. C'est peut-être davantage cette question d'une protection des représentants patronaux face à leurs pairs, ne répondant à aucun principe constitutionnel, ni à l'intérêt général, qui aurait dû retenir l'attention du Conseil de la rue de Montpensier.

Cet arrêt réalise donc un double exploit :

- il consacre la tartuferie d'un employeur prétendant, contre toute évidence, ne pas être au courant de la désignation d'un représentant patronal en son sein ;
- il abaisse le niveau général de protection du aux représentants des salariés, élus et mandatés, au nom d'une instrumentalisation du mandat – non contestable en l'espèce – par un représentant patronal ! Voilà un DRH qui, même mis à la retraite, mériterait une décoration du MEDEF...

## **b. Des conséquences chaotiques**

Outre le cas d'espèce rapporté, de nombreuses difficultés dans l'application du principe nouveau se laissent entrevoir, avec de nombreuses questions en suspend (68).

(64) Qui pourrait, en outre, selon ce même commentaire, autoriser une différence de fondement.

(65) En pratique, la plupart des conseillers prud'hommes du collège « employeur » sont des salariés : cadres dirigeants, DRH...

(66) v. par ex. Soc. 11 juill. 2012, n°11-12161, reproduit ci-après p. 25.

(67) V. rapports annuels de la Cour de cassation 2007, 2008 et 2009.

(68) Voir notamment D. Boulmier, *Conditions pour la protection du salarié titulaire d'un mandat extérieur à l'entreprise*, JCP éd. Social, 30 oct. 2012, p. 1468.



Tout d'abord, s'agissant de la présomption de connaissance. La solution nouvellement consacrée met fin à la présomption de connaissance des publications officielles par l'employeur. Réciproquement, elle crée une présomption de connaissance de l'état de la jurisprudence pour les salariés investis de mandats extérieurs à l'entreprise. Ainsi, il est désormais attendu desdits salariés qu'ils connussent les arrêts publiés du Conseil constitutionnel et de la Cour de cassation, et ce afin d'avoir pleine conscience de l'assujettissement de leur statut protecteur à la preuve de l'information qu'ils ont donnée à leur employeur de l'exercice d'un mandat... Nous faudrait-il admettre le postulat selon lequel les bulletins des juridictions sont plus accessibles aux administrés que ceux des services déconcentrés de l'État ? Si les membres des Conseils de prud'hommes peuvent éventuellement être plus sensibilisés à ce type de revirements, rien n'est moins sûr concernant les administrateurs des organismes de Sécurité sociale ou des mutuelles notamment...

Ensuite, s'agissant de l'obligation de convocation du salarié à un entretien préalable. Comme précisé *supra*, le Conseil d'État a étendu l'exigence d'entretien préalable à la mise à la retraite du salarié protégé (69), érigeant cette obligation en formalité substantielle, dont le non-respect vicie la procédure et entache de nullité l'autorisation de licenciement. Ceci étant, la Cour de cassation n'a pas, pour l'heure, adopté une telle position ; aussi, en application de la jurisprudence nouvelle, un salarié mis à la retraite ou licencié sans que l'entretien préalable ne soit requis devra informer son employeur « *au plus tard avant la notification de l'acte de rupture* ». Il en est de même de toutes les formes de rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur non soumises à entretien préalable, mais jusqu'alors systématiquement soumises à autorisation administrative préalable, telle que la rupture du contrat durant la période d'essai (70), le licenciement économique collectif (71), le licenciement dans le cadre d'une procédure de redressement ou liquidation judiciaire (72), l'admission du salarié au bénéfice d'une préretraite d'entreprise (73). Il en est également

ainsi du non-renouvellement ou de l'échéance du terme du contrat de travail à durée déterminée (74), pour lequel l'employeur doit solliciter l'autorisation administrative un mois avant le terme précis (75), ou à compter du jour où le salarié remplacé fait connaître son intention de mettre fin au contrat (76). La question se pose pareillement de l'interruption ou de la notification du non-renouvellement de la mission d'un salarié investi de mandat par l'entrepreneur de travail temporaire, alors assujéti, pour ce faire, à une autorisation administrative préalable (77).

Dès lors, dans l'ensemble de ces cas de figures, il convient de constater qu'il faudra au salarié des dons pour le moins « extra-juridiques » pour prévoir la date à laquelle son employeur entendra mettre fin à la relation de travail, la position susmentionnée du Conseil d'État quant à l'obligation d'entretien préalable à la mise en retraite d'un salarié « protégé » semblant être vouée à la désuétude, car, en l'absence de protection, pas d'intervention de l'autorité administrative, et donc pas de compétence matérielle pour les juridictions administratives...

Ensuite, quand bien même le salarié serait convoqué à un entretien préalable à un éventuel licenciement, il se peut que son état de santé ne lui permette pas de s'y rendre, y compris lorsque son état pathologique trouve son origine dans les pressions exercées par l'employeur à l'encontre du représentant des travailleurs, ce qui, de jurisprudence constante, ne s'oppose pas à la continuation de la procédure de licenciement. Dès lors, il convient de mesurer à l'aune des questionnements précédents la difficulté que rencontrera ledit salarié, souffrant, pour avertir son employeur, avant la première présentation de la lettre de licenciement, de ce qu'il exerce un mandat représentatif, si tant est qu'il ait lui-même connaissance de cette obligation mise à sa charge.

Les mêmes difficultés se présentent s'agissant du transfert conventionnel du contrat de travail du salarié investi de mandat (78) ou de son transfert légal intervenu dans le cadre d'une cession partielle

(69) CE 17 juin 2009, n° 304027, *Crédit du Nord*, Dr. Ouv. 2009, p. 370, concl. Y. Struillou.

(70) Soc. 26 oct. 2005, n° 03-44585 et n° 03-44751, Bull. n° 306 ; Soc. 23 mars 2011, n° 10-13700, *Sté Chedeville*.

(71) Article L. 1233-38 du Code du travail.

(72) Soc. 9 oct. 1991, Bull. Civ. V, n° 403 ; Crim. 15 oct. 1991, Bull. Crim. n° 349 ; CE 20 mars 1996, n° 135167, *SA Le Comptoir du pain* ; CE 21 avr. 1997, n° 157998, *Sté gardoise de mécanique et de chaudronnerie*.

(73) Soc. 4 avr. 1990, Bull. n° 159 ; Soc. 8 juin 1999, Bull. n° 272 ; Soc. 23 mai 2000, n° 97-42145, Bull. n° 202 ; Soc. 22 janv. 2008, n° 06-41751 ; Soc. 6 juill. 2011, n° 10-15406.

(74) Articles L. 2421-7 et L. 2421-8 du Code du travail.

(75) Article L. 2421-8 du Code du travail ; Soc. 16 oct. 2001, n° 99-44037, Bull. Civ. V, n° 320.

(76) Soc. 20 juin 2000, *Pechiney*, Bull. Civ. V, n° 235.

(77) Articles L. 1251-26 et L. 2421-10 du Code du travail ; CE 30 sept. 1994, n° 123826.

(78) Soc. 16 mars 1999, n° 96-44570, Bull. n° 124 ; Soc. 11 janv. 2005, n° 02-42961.

de l'entreprise ou de l'établissement (79), y compris le transfert de la totalité des salariés d'une entité économique autonome ne constituant pas un établissement au sein duquel aurait été mis en place un comité d'établissement (80), lesquels transferts sont soumis à la procédure exceptionnelle et exorbitante du droit commun, mais ne sont pas précédés, en vertu du droit commun, d'un entretien préalable.

La rupture conventionnelle, pour laquelle l'autorisation administrative vient se substituer à l'homologation pour le salarié « protégé », verra-t-elle cette règle disparaître, y compris d'un « commun accord », dès lors que le salarié n'aura pas « souhaité » informer son employeur, alors même qu'il est de jurisprudence constante qu'il n'appartient ni à l'employeur, ni même au salarié, de renoncer à l'application du régime protecteur qui a été institué, non dans l'intérêt personnel du salarié, mais dans celui de l'ensemble des salariés qu'il représente (81) ?

Quid ensuite de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail ou la demande en résiliation judiciaire du contrat de travail formée par le salarié investi de mandat ? Quand ledit salarié devra-t-il informer son employeur de sa qualité ?

Concernant la modification du contrat, y compris résultant de stipulations contractuelles (82), ou des conditions de travail (83) du salarié dit « protégé », soumise par principe à l'accord du salarié, dans quelle mesure l'employeur pourra-t-il se prévaloir de sa propre ignorance ? Ledit salarié devra-t-il, pour conserver ce droit au refus, informer son employeur de la détention d'un mandat préalablement à la modification et être, dès lors, tenu à l'impossible ?

Par ailleurs, en matière probatoire, dans la mesure où la Chambre sociale fait de l'entretien préalable le moment-pivot du déclenchement de la protection, sauf à ce que le salarié soit assisté lors de l'entretien préalable d'une personne acceptant d'attester, avec les risques inhérents pour les membres du personnel de l'entreprise, quel moyen le salarié licencié aura-t-il pour apporter la preuve qu'il a effectivement informé

son employeur de la détention de son mandat ? Quid lorsque, comme en l'espèce, le salarié convoqué est le DRH ? Qui daignera assister celui qui représentait hier l'employeur, hormis le « staff » dirigeant, qui, de toute évidence, ne fera que peu montre de neutralité ?

Ainsi, hormis dans les entreprises dépourvues d'instances représentatives du personnel, dans lesquelles le salarié pourra, dès lors, se faire assister, lors de l'entretien préalable, par un conseiller du salarié, ledit salarié, s'il veut se ménager la preuve de l'information donnée, n'aura donc probablement comme solution que d'adresser une lettre recommandée avec avis de réception pour ce faire, et ce, nécessairement avant l'entretien, eu égard aux délais d'acheminement.

Enfin, au vu de l'extension analogique que semble prétendre à opérer la Chambre sociale de la Cour de cassation, doit-on s'attendre à ce que cette même obligation d'information soit mise à la charge des salariés mis à disposition titulaires d'un mandat électif au sein de l'entreprise utilisatrice, par définition extérieur à leur entreprise employeur, comme semblait le croire une décision isolée de Conseil de prud'hommes (84), précurseur en ce sens dans la remise en cause des droits syndicaux fondamentaux ?

Ces quelques interrogations ne prétendent pas à l'exhaustivité, et il est à craindre que de nouveaux effets secondaires indésirables de ce revirement de doctrine n'apparaissent, avec pour seule et unique victime le salarié.

Outre cette décision opérant un revirement de circonstance, la Chambre sociale prenait le même jour un autre arrêt, jugeant n'y avoir lieu à renvoyer une QPC au Conseil constitutionnel s'agissant du mandat de conseiller du salarié.

## 2. ... mais bien malmenée sur d'autres !

Par une décision du même jour, la Chambre sociale de la Cour de cassation a dit n'y avoir lieu à renvoyer au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la conformité à la Constitution des dispositions relatives à la protection

(79) Article 6 de la directive 2001/23/CE du 12 mars 2001 ; art. L. 2414-1 du Code du travail ; Soc. 8 juin 1999, Bull. n° 272 ; Soc. 31 mai 2011, n° 10-17460, *Sté compagnie IBM France*.

(80) Soc. 15 nov. 2011, n° 10-15294, Dr. Ouv. 2012, p. 373, n. Karim Hamoudi.

(81) Soc. 16 mars 1999, n° 96-44551, Bull. civ. V, n° 125 ; Soc. 3 avr. 2001, n° 98-46419, Bull. civ. V, n° 118.

(82) Notamment en matière de clause contractuelle de mobilité ; Crim. 21 fév. 1989, Bull. Crim. n° 86 ; Soc. 28 janv. 1988, Bull. Civ. V, n° 81 ; Soc. 23 sept. 1992, Bull. Civ. V, n° 477 ; CE 29 déc. 2000, *Lautier*, tables p. 1270.

(83) Soc. 25 nov. 1997, n° 94-42727 ; Soc. 24 avr. 2003, n° 01-46968 ; s'agissant du lieu de travail : Soc. 22 juin 1993, n° 91-41983 ; CE 14 janv. 1994, n° 116747 ; des horaires de travail : Soc. 26 oct. 1995, n° 92-41993 ; Soc. 8 juin 2005, n° 03-43358 ; de la demande exceptionnelle d'exécution d'une tâche non contractuelle : Soc. 11 juill. 1995, n° 94-40877 ; de la mise en chômage partiel : Soc. 12 juill. 1989, n° 87-45462 ; Soc. 18 juin 1996, n° 94-44653 ; Soc. 19 janv. 2011, n° 09-43194 : ou en chômage partiel total : CE 13 nov. 1987, *Fonderies de Feurs* ; Soc. 20 déc. 1988, n° 86-41186 ; Soc. 28 fév. 1989, n° 85-46322.

(84) CPH Nancy 7 sept. 2009, Dr. Ouv. 2010, p. 256, n. P. Rennes.

du conseiller du salarié (85).

Le dispositif de cette décision aurait pu convenir s'il n'était accompagné d'une motivation étonnante, la Haute cour faisant également application, pour ledit conseiller du salarié, de la position nouvelle du Conseil constitutionnel en énonçant que « *la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce que l'article L. 2411-1 16° du Code du travail et les articles L. 2411-3 et L. 2411-18 du même code doivent être interprétés en ce sens que le salarié protégé n'est pas en droit de se prévaloir de la protection résultant d'un mandat extérieur à l'entreprise lorsqu'il est établi qu'il n'en a pas informé son employeur au plus tard lors de l'entretien préalable au licenciement et qu'ainsi interprétés, le 16° de l'article L. 2411-1 du Code du travail et les articles L. 2411-3 et L. 2411-18 du même code ne sont pas contraires à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle* ».

Or le Conseil constitutionnel a déjà été amené à déclarer conforme, sans réserve, la loi n° 91-72 du 18 janvier 1991 instituant précisément les dispositions protectrices applicables au conseiller du salarié (86) : « *Considérant que l'article 8 introduit dans le Code du travail un article L. 122-14-16, qui comporte deux alinéas ; que le premier alinéa pose en principe que l'exercice de la mission de conseiller du salarié ne saurait être une cause de rupture par l'employeur du contrat de travail ; que le second alinéa subordonne le licenciement par l'employeur d'un conseiller du salarié aux mêmes exigences que celles prévues pour le licenciement d'un délégué syndical, lequel ne peut légalement intervenir qu'après autorisation de l'inspecteur du travail ou de l'autorité qui en tient lieu. Considérant que ces prescriptions ne sauraient être regardées comme portant atteinte aux droits et libertés de l'employeur, dans la mesure où ce dernier a la faculté de contester devant le juge de l'excès de pouvoir la décision par laquelle l'autorité compétente refuse l'autorisation de procéder au licenciement* » (87).

Ainsi, étant considéré qu'aucune circonstance de droit nouvelle n'entoure l'application de cette loi, et que les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent à l'ensemble des juridictions (88), il convient de rappeler qu'il en est également ainsi des décisions favorables aux salariés.

## **B. Une position judiciaire qui appelle des mesures de prévention**

À la lumière de ces positionnements nouveaux, où le Conseil constitutionnel a remis en cause la présomption de connaissance des publications officielles, il convient d'envisager des palliatifs. L'arrêté préfectoral pourrait ainsi être considéré comme relevant de la catégorie des « décisions d'espèce », stade intermédiaire entre l'acte réglementaire, de portée générale et impersonnelle, auquel il est traditionnellement assimilé, et l'acte individuel, n'ayant d'effet juridique qu'à l'égard de ses destinataires identifiés (89). Il reviendrait alors à l'administration de notifier aux employeurs la nomination des salariés investis d'un mandat. Un tel cumul des mesures de publication et de notification s'observe déjà lorsqu'un acte à portée impersonnelle comporte une décision à portée individuelle (90). Il est à noter à ce sujet qu'en vertu d'un principe général du droit, l'autorité administrative a l'obligation de publier, dans un délai raisonnable, les actes réglementaires et assimilés (décisions d'espèce) qu'elle édicte (91).

Dès lors, il semblerait juridiquement plus cohérent de considérer que le défaut de publicité dudit acte, loin de priver le salarié de ses droits, engage la responsabilité de l'État, ce qui restituerait alors la charge de la preuve à l'administration, s'agissant des conséquences de sa carence prétendue sur des personnes investies de mandats dans l'intérêt général.

Pour l'heure, et dans l'attente « d'événements » nouveaux venant résoudre les problèmes nés d'une mauvaise solution juridique, il convient, en présence d'une jurisprudence naissante ne pouvant nous satisfaire mais constituant l'état du droit, de conseiller aux salariés investis de mandats électifs ou désignatifs extérieurs à leur entreprise, y compris lorsqu'ils sont mis à disposition par leur employeur et élus au sein de l'entreprise utilisatrice, de porter l'existence de ces mandats à la connaissance de leur employeur et de se ménager la preuve de cette communication.

**Thierry Durand**

(85) Soc. 14 sept. 2012, n° 11-28269, non reproduit.

(86) CC 16 janv. 1991, n° 90-284 DC, *Loi relative au conseiller du salarié*, Rec. p. 20.

(87) Considérants 10 et 11.

(88) Article 62 de la Constitution.

(89) Cf. *Juris-classeur Administratif*, fasc. n° 107-40, préc.

(90) CE 8 févr. 1930, *Quet*, Rec. p. 156 ; CE 24 juill. 1930, *Delalande* ; Rec. p. 780 ; CE 27 févr. 1995 n° 132241, Rec. tables, p. 639.

(91) CE 12 déc. 2003, n° 243430, *Syndicat des commissaires et hauts fonctionnaires de la Police Nationale*.