



**AVIS DE Mme LAULOM,
AVOCATE GÉNÉRALE**

Arrêt n° 1234 du 27 novembre 2024 (FS-B) – Chambre sociale

Pourvoi n° 22-21.693

Décision attaquée : Cour d'appel de Caen du 7 juillet 2022

La société Keolis Caen mobilités

C/

M. [E] [T]

Depuis la décision du Conseil constitutionnel du 14 mai 2012 (n° 2012-242, QPC), il est de jurisprudence constante que les salariés, titulaires de mandats extérieurs à l'entreprise, ne peuvent se prévaloir de la protection attachée à leur mandat que s'ils en ont informé leur employeur, *"au plus tard lors de l'entretien préalable au licenciement"*.

Le second moyen subsidiaire du pourvoi, qui doit être analysé préalablement, soulève une question inédite : quelle solution adopter en présence d'une procédure conventionnelle de licenciement ? L'entretien préalable s'entend-il de l'entretien prévu par l'article L. 1232-2 du code du travail ou également du dernier entretien, organisé en application de dispositions conventionnelles ?

Les salariés, titulaires de mandats extérieurs à l'entreprise (conseiller prud'hommes, conseiller du salarié, défenseur syndical, mandat de membre du conseil ou d'administrateur de caisse de sécurité sociale) bénéficient de la protection attachée à leur mandat à compter du jour de leur désignation. Le statut protecteur est attaché de plein droit à l'existence du mandat et la désignation suffit à déclencher le statut

protecteur indépendamment de tout autre événement¹. Jusqu'en 2012, et en l'absence de tout texte le prévoyant, le bénéfice de ce statut n'était pas conditionné à l'information préalable de l'employeur².

La solution jurisprudentielle n'était pas sans conséquence dans la mesure où l'employeur n'avait pas nécessairement connaissance de l'existence de ces fonctions représentatives et pouvait engager une procédure de licenciement sans demande préalable d'autorisation. Consciente des difficultés suscitées par cette situation, la Cour de cassation a, de 2007 à 2011, invité en vain le législateur à combler cette lacune³.

C'est à la suite d'une question prioritaire de constitutionnalité, posée au Conseil constitutionnel par la Cour de cassation, que la jurisprudence a évolué⁴. Dans sa décision du 14 mai 2012⁵, le Conseil constitutionnel juge conforme à la Constitution la protection instituée par l'article L. 2411-1, 13° du code du travail en faveur des salariés exerçant un mandat de membre du conseil ou d'administrateur d'une caisse de sécurité sociale mais il émet une réserve d'interprétation en considérant que *“les 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”*.

La Cour de cassation va dès lors appliquer cette réserve d'interprétation, en étendre l'application à tous les mandats extérieurs à l'entreprise et l'adapter aux ruptures du contrat de travail, telle la mise à la retraite, sans entretien préalable : *“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”*⁶.

¹ L. Pécaut-Rivolier, H. Rose, Y. Struillou, Répertoire Dalloz du droit du travail, “Représentants du personnel: statut protecteur”, actualisation mai 2024, § 114. La protection dont bénéficie le salarié est indépendante de l'accomplissement de missions, dès lors que leur mise en œuvre ne dépend pas de lui (Soc., 14 janvier 2003, pourvoi n° 00-45.883, Bulletin civil 2003, V, n° 4). Peu importe également que les formalités de publicité prévues par le code aient été réalisées (Soc., 22 septembre 2010, pourvoi n° 09-41.173, Bull. 2010, V, n° 192).

² Soc., 13 juillet 2004, pourvoi n° 02-42.681, Bull., 2004, V, n° 212

³ Rapport 2007, p. 14, Rapport 2008, p. 12, Rapport 2009, p. 11, Rapport 2010, p. 14, Rapport 2011, p. 14.

⁴ Soc., 7 mars 2012, pourvoi n° 11-40.106, Bull. 2012, V, n° 90.

⁵ [Décision n°2012-242 QPC du 14 mai 2012](#)

⁶ Soc., 14 septembre 2012, pourvoi n° 11-21.307, Bull. 2012, V, n° 230 et Soc., 14 septembre 2012, pourvoi n° 11-28.269, Bull. 2012, V, n° 229 (QPC, Non lieu à renvoi).

Depuis, sa jurisprudence est restée constante⁷. Il en ressort que la nécessité d'informer l'employeur de l'existence du mandat s'applique à tous les mandats extérieurs à l'entreprise (conseiller prud'homal, conseiller du salarié, etc.). Si l'information doit être donnée en principe au plus tard lors de l'entretien de licenciement, il faut, dans le cas où la procédure mise en œuvre ne requiert pas d'entretien de licenciement (comme une mise à la retraite dans l'arrêt de 2014), que le mandat extérieur ait été connu de l'employeur au plus tard au moment où il notifie l'acte de rupture. Le défaut de connaissance par l'employeur de l'existence du mandat extérieur ôte au salarié la possibilité de se prévaloir du statut protecteur.

De son côté, le Conseil d'Etat a repris, dans les mêmes termes, la réserve d'interprétation posée par le Conseil constitutionnel⁸. Ainsi, selon les termes de l'arrêt du 24 juillet 2019, *“lorsque le salarié protégé détient un mandat extérieur à l'entreprise, il doit, ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2012-242 QPC du 14 mai 2012, prendre l'initiative d'en informer son employeur au plus tard lors de l'entretien préalable au licenciement, sauf à ce qu'il soit établi que ce dernier en a eu autrement connaissance”*.

Selon le pourvoi, “l'entretien préalable au licenciement”, constituant la date butoir de l'information de l'employeur, doit s'entendre de l'entretien légal, à l'exclusion d'autres entretiens prévus par convention collective.

La réserve d'interprétation, définie par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 14 mai 2012, s'impose au juge. Le Conseil constitutionnel mentionne *“l'entretien préalable au licenciement”*, sans autre précision et il ne fait aucune mention du texte légal imposant un entretien préalable au licenciement. L'absence de toute référence à l'article L. 1232-2 du code du travail, dans la décision du Conseil constitutionnel, n'exclut donc pas que *“l'entretien préalable au licenciement”* fasse référence non seulement à l'entretien légal mais également à tout autre entretien, prévu par des dispositions conventionnelles avant le prononcé du licenciement.

Pour répondre à la question soulevée par le pourvoi, il convient donc de s'interroger sur les raisons qui fondent la réserve d'interprétation définie par le Conseil constitutionnel.

Le statut protecteur des salariés assumant des fonctions représentatives est d'ordre public et il découle d'exigences constitutionnelles. Le salarié bénéficie de ce statut dès lors qu'il est désigné dans ses fonctions. L'information de l'employeur permet ainsi de parvenir à un équilibre : celui-ci ne peut se voir sanctionner pour avoir prononcé de bonne foi un licenciement en méconnaissance de l'existence de ce statut.

L'élément essentiel est que l'employeur soit informé de l'existence du mandat à un moment où le licenciement n'est pas encore prononcé. C'est la raison pour laquelle

⁷ Soc., 26 mars 2013, pourvoi n° 11-28.269, Bull. 2013, V, n° 84; Soc., 11 juin 2013, pourvoi n° 12-12.738, Bull. 2013, V, n° 150. Soc., 15 avril 2015, pourvoi n° 13-25.283, Bull. 2015, V, n° 88; Soc., 16 janvier 2019, pourvoi n° 17-27.685; Soc., 6 mai 2014, pourvoi n° 13-16.498; Soc., 30 juin 2016, pourvoi n° 15-12.982, Bull. 2016, V, n° 143

⁸ CE 4 décembre 2015, n°354856. CE, 24 juillet 2019, n°411058.

la Cour de cassation décide qu'en l'absence d'entretien organisé, l'information doit intervenir avant la notification de l'acte de rupture.

L'employeur ne doit pas pouvoir passer outre une situation dont on lui donne connaissance avant que sa décision ne soit prise, alors que le salarié est un salarié déjà investi d'une fonction représentative et protégée en vertu d'un mandat d'ordre public. L'information doit intervenir avant que le licenciement n'intervienne. Lorsqu'une procédure conventionnelle, organisant d'autres entretiens avec une commission disciplinaire, existe, si l'employeur a connaissance du statut du salarié au cours du dernier entretien, il ne pourra pas licencier ce salarié de bonne foi en méconnaissance de ce statut.

A cet égard, un parallèle peut être fait avec la jurisprudence de la chambre sociale lorsqu'il s'agit de prendre en compte l'imminence d'une désignation. La protection est acquise dès lors que l'employeur en est informé au plus tard "avant que le salarié ait été convoqué à l'entretien préalable"⁹. Il n'y a pas de contradiction à ce qu'ici la date prise en compte soit la date de convocation à l'entretien et non la date de l'entretien elle-même. D'une part, c'est cette date qui est prévue par le code du travail pour les autres représentants des salariés. D'autre part et surtout, comme l'expose l'avocate générale A.-M. Grivel dans son avis, le but poursuivi n'est pas le même. Dans ce cas, il s'agit plutôt d'éviter une fraude de salariés, qui recevant la convocation à un entretien préalable à leur licenciement, pourraient faire état d'une candidature ou d'un mandat prétendument imminent qu'ils solliciteraient afin de faire échec à la procédure de licenciement. Un commentateur de cet arrêt souligne également l'objet différent de cette jurisprudence : *"On peut ainsi se demander pourquoi les deux situations ne répondent pas à la même temporalité : envoi de la lettre de convocation d'un côté, entretien préalable à sanction de l'autre. C'est oublier que, dans ce cas de figure, le mandat du salarié – et par voie de conséquence le statut protecteur – courent déjà de manière effective. L'obligation faite au salarié d'informer son employeur au plus tard au moment de l'entretien préalable permet seulement d'éviter à ce dernier « de prononcer, en toute bonne foi, un licenciement en méconnaissance de son nouveau statut » (Rapport annuel 2010 de la Cour de cassation, « suivi des suggestions de réforme », p. 5). L'idée sous-jacente est que l'employeur puisse respecter la procédure spéciale alors qu'aucune obligation légale d'information ne pèse sur le salarié protégé à raison d'un mandat extérieur. En ce qui concerne en revanche l'hypothèse d'une désignation imminente, la position jurisprudentielle vise davantage à prévenir une procédure disciplinaire précipitée, qui enfermerait une intention fallacieuse et potentiellement discriminatoire de la part de l'employeur. D'une certaine manière, l'extension anticipée de la protection permet d'éviter que l'employeur ne puisse rompre hâtivement le contrat d'un salarié dont il sait qu'il sera bientôt couvert par le statut protecteur"*¹⁰.

Je pense donc qu'il convient de prendre en compte, pour déterminer la temporalité de l'information de l'employeur, le dernier entretien préalable au licenciement, qu'il s'agisse de l'entretien de l'article L. 1232-2 du code du travail ou de tout autre

⁹ Soc., 13 janvier 2021, pourvoi n° 19-17.489, FS-P+I

¹⁰ C. Couëlde, "Protection du conseiller du salarié et connaissance par l'employeur de l'imminence de la désignation", Dalloz actualité 16 février 2021.

entretien obligatoire, dès lors que l'employeur est en mesure de saisir l'inspecteur du travail d'une demande d'autorisation de licencier.

Ici la cour d'appel a retenu que l'entretien préalable de licenciement de l'article L. 1232-2 du code du travail a eu lieu le 16 avril et que le conseil de discipline s'est quant à lui tenu le 7 mai 2021. Elle a également retenu que l'employeur avait été informé de l'existence du mandat par un courrier de la Préfecture du Calvados reçu le 4 mai. La cour d'appel pouvait donc retenir que l'information de l'employeur était intervenue avant le dernier entretien avec le salarié, préalablement à la notification de la rupture.

Je conclus donc au rejet du second moyen subsidiaire ce qui conduit au rejet du premier moyen.

AVIS de REJET