



RAPPORT DE Mme BÉRARD, CONSEILLÈRE

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]**

Rapport comprenant des propositions de rejet non spécialement motivé du second moyen, pris en ses première et troisième branches.

Les parties sont par ailleurs avisées, en application de l'article 1015 alinéa 2 du code de procédure civile, que dans l'éventualité d'une cassation du chef de dispositif critiqué par le premier moyen, une cassation sans renvoi est envisagée.

Elles sont invitées à présenter leurs observations à cet égard dans les quinze jours suivant la mise en ligne du présent rapport.

1 - Rappel des faits et de la procédure

Selon l'arrêt attaqué, M. [T] a été engagé en qualité d'agent commercial de conduite le 4 juillet 2005 par la société Twisto devenue Kéolis Caen mobilités. Il était agent commercial de conduite-vérificateur aux derniers temps de la relation de travail.

Suivant arrêté préfectoral du 15 décembre 2020, il a été désigné conseiller du salarié.

Le 20 mai 2021, il a été licencié pour faute grave.

Le 30 septembre 2021, il a saisi la juridiction prud'homale en référé aux fins de voir ordonner sa réintégration, sur le fondement d'un trouble manifestement illicite tenant à la nullité du licenciement pour absence d'autorisation de l'inspection du travail alors qu'il était salarié protégé.

Par jugement de départage du 21 décembre 2021, le conseil des prud'hommes a ordonné sous astreinte la réintégration du salarié dans son emploi et condamné l'employeur à lui verser diverses sommes à titre de provisions sur rappel de salaire et sur dommages-intérêts pour préjudice moral, ainsi qu'à réintégrer dans le compteur des droits à congés payés de la période du 21 mai 2021 au jour de la réintégration du salarié.

Par l'arrêt attaqué (Caen, 7 juillet 2022), la cour d'appel a confirmé l'ordonnance, sauf en ses dispositions relatives au montant des provisions sur salaire et sur dommages-intérêts et a augmenté le montant des sommes allouées à ce titre.

2 - Analyse succincte des moyens

Le **premier moyen** fait grief à l'arrêt de confirmer l'ordonnance entreprise sauf en celles de ses dispositions ayant évalué à certaines sommes les provisions sur salaire et sur dommages et intérêts et en conséquence d'ordonner la réintégration du salarié au sein de la société dans son poste d'agent commercial de conduite vérificateur et condamner la société à lui payer certaines sommes à titre de provisions sur salaires dus du 21 mai 2021 au 3 janvier 2022 et sur dommages et intérêts pour préjudice moral, alors : « que ne constitue pas un trouble manifestement illicite le licenciement notifié à un salarié protégé sans saisine de l'inspection du travail dès lors qu'à la date de l'entretien préalable, l'employeur n'était pas informé du mandat de conseiller du salarié de l'intéressé ; qu'il importe peu que l'employeur en ait eu connaissance entre l'entretien préalable et la comparution du salarié devant le conseil de discipline appelé à donner son avis, en vertu de dispositions conventionnelles, sur le licenciement disciplinaire envisagé ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que lors de l'entretien préalable en date du 16 avril 2021, le salarié n'avait pas informé son employeur de son mandat de conseiller du salarié ; qu'en affirmant que le licenciement notifié le 20 mai 2021 sans autorisation de l'inspecteur du travail constituait un trouble manifestement illicite dès lors que l'employeur avait été avisé de la désignation du salarié par courrier du préfet du Calvados reçu le 4 mai 2021, soit avant l'audition du salarié devant le conseil de discipline le 7 mai 2021, la cour d'appel a violé l'article R. 1455-6 du code du travail ».

Le **second moyen, subsidiaire**, fait grief à l'arrêt de confirmer l'ordonnance entreprise sauf en celles de ses dispositions ayant évalué à certaines sommes les provisions sur salaire et sur dommages et intérêts et en conséquence d'ordonner la réintégration du salarié au sein de la société dans son poste d'agent commercial de conduite vérificateur et condamner la société à lui payer certaines sommes à titre de provisions sur salaires dus du 21 mai 2021 au 3 janvier 2022 et sur dommages et intérêts pour préjudice moral, alors :

1°/ que pour se prévaloir de la protection attachée à son mandat de conseiller du salarié mentionné par l'article L. 2411-1, 16°, du code du travail, le salarié doit, au plus tard lors de l'entretien préalable au licenciement, avoir informé l'employeur de l'existence de ce mandat ou rapporter la preuve que l'employeur en avait alors connaissance ; qu'en l'espèce, la société faisait valoir qu'elle n'avait été informée de l'existence du mandat du salarié que le jour de la notification du licenciement, à savoir le 20 mai 2021 ; qu'à ce titre, l'employeur exposait que si un courrier avait été envoyé par le préfet du Calvados le 3 mai 2021 et réceptionné le 4 mai, ce courrier avait été adressé à la société Keolis Caen et non à la société Keolis Caen mobilités, à une adresse erronée, de sorte que ce courrier ne pouvait valoir information de l'existence du mandat litigieux (conclusions de l'exposante p. 10 ; production n° 7) ; qu'en jugeant qu'il résultait de ce courrier que l'employeur avait connaissance de l'existence du mandat du salarié, sans s'expliquer sur les circonstances invoquées par l'employeur et excluant qu'il puisse être déduit du courrier litigieux la preuve d'une information valable de l'existence dudit mandat, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 2411-1, 16°, L. 1232-14 et L. 2411-21 du code du travail ;

2°/ que pour se prévaloir de la protection attachée au mandat de conseiller du salarié mentionné par l'article L. 2411-1, 16°, du code du travail, le salarié doit, au plus tard lors de l'entretien préalable au licenciement, avoir informé l'employeur de l'existence de ce mandat ou rapporter la preuve que l'employeur en avait alors connaissance ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a relevé que le salarié avait été convoqué à un entretien préalable qui s'était tenu le 16 avril 2021 et que l'employeur n'avait eu l'information du mandat du salarié que postérieurement, par courrier du Préfet du Calvados, reçu le 4 mai 2021 ; que néanmoins, pour considérer que l'employeur devait solliciter de l'inspection du travail une autorisation de licenciement, la cour d'appel a retenu que des auditions du salarié avaient eu lieu devant le conseil de discipline postérieurement à l'entretien préalable, les 30 avril et le 7 mai 2021, et qu'en ce que ces auditions avaient, en vertu des dispositions conventionnelles applicables, le même objet que l'entretien préalable, il y avait lieu de se placer à la date de la dernière audition, soit le 7 mai, pour déterminer si l'employeur était informé de l'existence du mandat du salarié ; qu'en statuant par de tels motifs, la cour d'appel a violé les articles L. 2411-1, 16°, L. 1232-14 et L. 2411-21 du code du travail ;

3°/ que pour se prévaloir de la protection attachée au mandat de conseiller du salarié mentionné par l'article L. 2411-1, 16°, du code du travail, le salarié doit, au plus tard lors de l'entretien préalable au licenciement, avoir informé l'employeur de l'existence de ce mandat ou rapporter la preuve que l'employeur en avait alors connaissance ; que pour conclure à la violation du statut protecteur du salarié, la cour d'appel a relevé, par motifs éventuellement adoptés, que la société Keolis Caen mobilités n'ayant notifié au salarié son licenciement que le 20 mai 2021, soit 15 jours après avoir reçu l'information du statut protecteur du salarié, « c'est en parfaite connaissance de cause que l'employeur s'était abstenu de solliciter l'autorisation de l'inspecteur du travail pour le licencier » (ordonnance p. 4 § 6) ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les articles L. 2411-1, 16°, L. 1232-14 et L. 2411-21 du code du travail ;

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

- Caractérisation d'un trouble manifestement illicite et pouvoirs du juge des référés
- Le bénéfice de la protection au titre d'un mandat extérieur peut-il être accordé à un salarié qui établit que son employeur en a été informé avant le dernier entretien prévu par la procédure conventionnelle de licenciement, alors que l'employeur ne disposait pas de cette information lors de l'entretien préalable prévu à l'article L.1232-2 du code du travail?

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

Nonobstant l'ordre des moyens du pourvoi, avec un premier moyen présenté comme principal et un second comme subsidiaire, le présent rapport, pour la logique du raisonnement, consacrera d'abord sa première partie à l'analyse de la question de droit posée par le second moyen, relative à la date à laquelle doit être appréciée la connaissance par l'employeur de la qualité de salarié protégé du titulaire d'un mandat extérieur (4.1), avant d'aborder, dans une seconde partie, la question posée par le premier moyen, tenant à la possibilité pour le juge des référés de retenir un trouble manifestement illicite résultant de l'absence de demande d'autorisation administrative, dans un contexte de contestation de l'entretien de référence à retenir pour établir l'information de l'employeur de la qualité de salarié protégé (4.2).

4.1. Sur le second moyen, présenté comme subsidiaire : impact d'une procédure conventionnelle de licenciement sur l'acquisition du statut de salarié protégé par connaissance par l'employeur du statut de salarié protégé

4.1.1. Rappel des textes et de la jurisprudence

L'article L.1232-7 du code du travail dispose que « *le conseiller du salarié est chargé d'assister le salarié lors de l'entretien préalable au licenciement dans les entreprises dépourvues d'institutions représentatives du personnel. Il est inscrit sur une liste arrêtée par l'autorité administrative après consultation des organisations représentatives d'employeurs et de salariés au niveau national, dans des conditions déterminées par décret. La liste des conseillers comporte notamment le nom, l'adresse, la profession ainsi que l'appartenance syndicale éventuelle des conseillers. Elle ne peut comporter de conseillers prud'hommes en activité.* »

L'article L.1232-14 du code du travail dispose que « *l'exercice de la mission de conseiller du salarié ne peut être une cause de rupture du contrat de travail. Le licenciement du conseiller du salarié est soumis à la procédure d'autorisation administrative prévue par le livre IV de la deuxième partie.* »

Il résulte de l'article L.2411-1, 16°, du code du travail que le conseiller du salarié inscrit sur une liste dressée par l'autorité administrative et chargé d'assister les salariés convoqués par leur employeur en vue d'un licenciement « *bénéficie de la*

protection contre le licenciement prévue par le présent chapitre, y compris lors d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire ».

Enfin, l'article L.2411-21 du même code dispose que *« le licenciement du conseiller du salarié chargé d'assister un salarié dans les conditions prévues à l'article L. 1232-4 ne peut intervenir qu'après autorisation de l'inspecteur du travail. »*

Se fondant sur le caractère d'ordre public du statut protecteur découlant d'exigences constitutionnelles (Cons. Const. 20 juillet 1988, n°88-244), notre chambre a jugé par le passé que la protection du conseiller du salarié, inscrit sur la liste prévue par l'article L. 1232-7, alinéa 2, du code du travail, courrait à compter du jour où cette liste est arrêtée dans le département par le préfet, en application de l'article D. 1232-5 du même code, indépendamment des formalités de publicité prévues par ce dernier texte (Soc., 13 juillet 2004, n° 02-42.681, Bull. V, n° 212 ; Soc., 22 septembre 2010, n° 08-45.227, Bull. V, n° 190).

A propos de la protection des conseillers du salarié, elle avait retenu que l'acte de nomination par le préfet est créateur de droits au bénéfice du salarié dès sa signature (Soc., 22 septembre 2010, n° 09-41.173, Bull. V, n° 192), peu important l'ignorance par l'employeur de l'existence du mandat extérieur à l'entreprise.

En cas de fraude du salarié, elle avait jugé que le manquement du salarié à son obligation de loyauté à l'égard de l'employeur pouvait avoir une incidence sur le montant de l'indemnisation due au titre de la violation de son statut protecteur (Soc., 16 février 2011, n° 10-10.592, Bull. V, n° 51).

Dès le rapport annuel 2007, la Cour de cassation avait proposé de modifier les textes relatifs à la protection du salarié exerçant les fonctions de conseiller prud'homme ou ayant cessé ses fonctions depuis moins de six mois, et de préciser notamment que la disposition conférant protection au salarié *« est applicable dès que l'employeur a reçu notification de la candidature du salarié ou lorsque le salarié fait la preuve que l'employeur a eu connaissance de l'imminence de sa candidature et au plus tard à compter de la publication des candidatures par le préfet. »*

La proposition de modification ajoutait : *« Un mécanisme similaire pourrait être étendu au licenciement de tous les salariés protégés en raison d'un mandat extérieur à l'entreprise, notamment les administrateurs salariés des organismes de sécurité sociale et les conseillers des salariés »*.

Le rapport annuel 2008 indiquait au titre du suivi des propositions de modifications : *« Il a été suggéré dans le rapport 2007 de modifier les dispositions de l'article L. 514-2 du code du travail (désormais L. 1442-19) pour clarifier la durée de la protection du conseiller prud'homme salarié et préciser les conséquences d'un licenciement prononcé en méconnaissance de son statut./ Cette suggestion n'a pas été suivie d'effet./ La directrice des affaires civiles a proposé de revoir la question avec la direction générale du travail. »*

Au rapport annuel 2010, page 14, il est indiqué au titre du suivi des propositions de modifications : *« La protection des conseillers prud'hommes (voir également Rapports 2007, 2008 et 2009.)*

Il a été suggéré dans le Rapport 2007 de modifier les dispositions de l'article L. 514-2 du code du travail (désormais L. 1442-19 dudit code) pour clarifier la durée de la protection du conseiller prud'hommes salarié et préciser les conséquences d'un licenciement prononcé en méconnaissance de son statut. Cette suggestion n'a pas été suivie d'effet. Elle apparaît d'autant plus nécessaire que, par trois arrêts rendus le 22 septembre 2010 (Soc., 22 septembre 2010, Bull. 2010, V, no 190, pourvoi n° 08-45.227 ; n° 191, pourvoi n° 09-40.968 et n° 192, pourvoi n° 09-41.173), la chambre sociale a jugé que la protection des conseillers prud'hommes court à compter de la proclamation des résultats des élections le lendemain du scrutin prévue à l'article D. 1441-162 du code du travail, indépendamment de la publication au recueil des actes administratifs de la préfecture du département prévue à l'article D. 1441-164 du code du travail. C'est pourquoi il serait des plus opportuns qu'il soit fait obligation au salarié élu d'informer son employeur de l'existence de son mandat, au plus tard au moment de l'entretien préalable, pour éviter à celui-ci de prononcer, en toute bonne foi, un licenciement en méconnaissance de son nouveau statut. »

Par un arrêt du 7 mars 2012 (Soc., 7 mars 2012, pourvoi n° 11-40.106, Bull. 2012, V, n° 90), notre chambre a transmis au Conseil Constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité relatives aux articles L. 2411-1, L. 2411-18 et L. 2411-3 du code du travail, en retenant que « *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.* »

Par décision du 14 mai 2012 (n°2012-242 QPC) , le Conseil Constitutionnel a décidé que le 13° de l'article L. 2411-1 du code du travail, ainsi que les articles L. 2411-3 et L. 2411-18 du même code sont conformes à la Constitution sous la réserve énoncée au considérant 10.

Au considérant 10, il a énoncé :

« 10. 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 ; ».

Le Conseil d'Etat a repris la réserve d'interprétation du Conseil Constitutionnel (CE, 4 décembre 2013, n°354856).

Dans son arrêt du 14 septembre 2012, à la suite de la décision du Conseil Constitutionnel, notre chambre a quant à elle précisé :

Soc., 14 septembre 2012, pourvoi n° 11-21.307, Bull. 2012, V, n° 230 :

« La protection assurée au salarié par les articles L. 2411-1 17° et L. 2411-22 du code du travail découle d'un mandat extérieur à l'entreprise, dont l'employeur n'a pas nécessairement connaissance. Par sa décision n° 2012-242 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. 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.

Doit en conséquence être censurée la cour d'appel qui a dit nulle la mise à la retraite du salarié conseiller prud'homal pour inobservation du statut protecteur, alors qu'elle avait constaté que l'existence du mandat de conseiller prud'homal n'avait pas été portée à la connaissance de l'employeur, bien que ce dernier ait fait part à l'intéressé de son intention de le mettre à la retraite lors d'un entretien qui avait eu lieu précédemment. »

- Soc., 11 juin 2013, pourvoi n° 12-12.738, Bull. 2013, V, n° 150 :

« Dès lors qu'une cour d'appel a constaté que l'employeur avait connaissance du mandat exercé par l'intéressé hors de l'entreprise, notamment par les documents reçus de la Caisse des allocations familiales (CAF) au titre du remboursement relatif aux absences du salarié, c'est à juste titre qu'elle a dit nuls le licenciement prononcé sans respect des formalités du statut protecteur et la transaction qui a suivi. »

Pour une application de cette jurisprudence au salarié ayant un statut de conseiller du salarié :

- Soc., 26 mars 2013, pourvoi n° 11-28.269, Bull. 2013, V, n° 84 :

« 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 ou, en l'absence d'entretien préalable, au plus tard à la date de la rupture, sauf à prouver que l'employeur en avait connaissance. »

- Soc., 6 mai 2014, pourvoi n° 13-16.498 :

« Attendu que, par le moyen annexé au présent arrêt, le salarié fait grief à l'arrêt de dire n'y avoir lieu à référé ;

Mais attendu 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 attendu que la cour d'appel ayant constaté que le salarié n'a pas informé son employeur de son statut de conseiller du salarié lors de l'entretien préalable avec le directeur régional le 1er février 2011 à l'issue duquel l'employeur lui a fait part de sa décision de mettre fin à la période d'essai et qu'il ne s'était jamais absenté de l'entreprise pour exercer son mandat, l'arrêt, par ce motif de pur droit, se trouve justifié. »

- Soc., 30 juin 2016, pourvoi n° 15-12.982, Bull. 2016, V, n° 143 :

« Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner à payer au salarié, au titre de la violation du statut protecteur, la somme de 71 220 euros correspondant à trente mois de salaire à compter de son éviction alors, selon le moyen, que le salarié, titulaire d'un mandat de conseiller du salarié mentionné par l'article L. 2411-1, 16°, 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 ; qu'en l'espèce, pour dire que l'indemnisation de M. [N...] était due au titre de son mandat de conseiller du salarié obtenu le 12 septembre 2012, la cour d'appel a retenu que l'employeur ne démontrait pas la déloyauté du salarié ; qu'en statuant ainsi, sans constater que le salarié avait informé l'employeur de son second mandat au plus tard lors de l'entretien préalable ou que l'employeur en avait connaissance à cette date, la cour d'appel a violé les articles L. 2411-1, 16°, et L. 2411-2 du code du travail ;

Mais attendu que si, pour se prévaloir de la protection attachée à son mandat de conseiller du salarié mentionné par l'article L. 2411-1, 16°, du code du travail, le salarié doit, 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, avoir informé l'employeur de l'existence de ce mandat ou rapporter la preuve que l'employeur en avait alors connaissance, son obligation d'information ne s'étend pas aux conséquences pécuniaires attachées à la violation du statut protecteur ;

Et attendu qu'ayant constaté qu'à la date de l'entretien préalable, le salarié était protégé au titre d'un mandat dont l'employeur avait connaissance, ce dont il résultait que, faute pour celui-ci d'avoir sollicité l'autorisation de l'inspecteur du travail, ce licenciement était nul pour être intervenu en violation du statut protecteur de l'intéressé, la cour d'appel a exactement décidé que l'intéressé avait droit aux salaires qu'il aurait perçus jusqu'à la fin de la période de protection en cours à la date de son éviction dans la limite de trente mois. »

Plus récemment, au visa des articles L. 2411-1 , 16°et L. 2411-21 du code du travail, notre chambre a étendu la protection au titre de l'imminence de la candidature au conseiller du salarié :

Soc., 13 janvier 2021, pourvoi n° 19-17.489):

« Pour l'application des articles L. 2411-1 , 16°, et L. 2411-21 du code du travail, c'est au moment de l'envoi de la convocation à l'entretien préalable au licenciement que l'employeur doit avoir connaissance de l'imminence de la désignation d'un salarié en qualité de conseiller du salarié.

Doit en conséquence être censurée la cour d'appel qui annule le licenciement d'une salariée pour absence d'autorisation administrative de licenciement, aux motifs que celle-ci a informé l'employeur de l'imminence de sa candidature aux fonctions de conseiller du salarié antérieurement à l'entretien préalable au licenciement du 12 novembre 2014, alors qu'il résultait de ses constatations que la salariée avait été convoquée à un entretien préalable au licenciement le 30 octobre 2014 et que l'employeur n'avait eu connaissance de l'imminence de la désignation de l'intéressée en qualité de conseiller du salarié que le 6 novembre 2014, soit postérieurement à l'engagement de la procédure de licenciement. »

4.1.2. Au cas présent,

1°/ Le moyen pris en sa première branche reproche à l'arrêt un défaut de base légale pour avoir retenu que la connaissance par la société de la qualité de salarié protégé résulte d'un courrier du préfet du Calvados réceptionné le 4 mai 2021, sans s'expliquer sur les circonstances invoquées par l'employeur tenant au fait qu'il avait été envoyé à une adresse erronée et excluant qu'il puisse être déduit du courrier litigieux la preuve d'une information valable de l'existence dudit mandat.

Dans ses écritures, la société énonçait :

« *En l'occurrence, la notification sera faite par les services de la préfecture du calvados le 03 mai 2021 reçue le 04 mai 2021 (pièce 1).*

Il a été vu ci-avant que l'entretien préalable s'est tenu le 16 avril 2021. L'information de la société KEOLIS CAEN MOBILITES est donc postérieure à l'entretien préalable. La Cour aura en outre noté que la notification a été adressée à la société KEOLIS CAEN et non la société KEOLIS CAEN MOBILITES et qui plus est à une mauvaise adresse. »

Il résulte de ces considérations que si la société a contesté la régularité de la notification, par ses critiques relatives à la dénomination et à l'adresse, l'employeur n'a cependant jamais contesté avoir été informé le 4 mai 2021 de la désignation du salarié.

Sous couvert de défaut de base légale, la critique ne tend qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine des éléments de faits et de preuve par la cour d'appel, laquelle a énoncé :

« Il est acquis aux débats que par une lettre portant la date du 3 mai 2021 le Préfet du Calvados a informé la société Kéolis de la désignation de M. [T] comme conseiller du salarié à compter du 1er janvier 2021, cette lettre portant le cachet d'une réception par Kéolis Caen mobilités le 4 mai 2021. Cette lettre doit être jugée comme apportant la preuve d'une parfaite information de l'employeur à la date du 4 mai 2021.»

Pris en cette branche, le moyen n'est pas susceptible d'entraîner la cassation et relève d'une proposition de rejet non spécialement motivé.

2°/ La troisième branche du moyen, qui critique les motifs prétendument adoptés du premier juge, relève également d'un **rejet non spécialement motivé**.

En effet, pour retenir l'existence d'un trouble manifestement illicite la cour d'appel s'est fondée sur la connaissance par l'employeur du mandat extérieur du salarié au moment du dernier entretien dans le cadre de la procédure conventionnelle.

Si la juridiction prud'homale a, par ailleurs observé que l'employeur était informé du mandat extérieur du salarié depuis quinze jours lorsqu'il a licencié le salarié, la branche du moyen qui critique ce motif est donc inopérante, comme critiquant un motif surabondant.

3°/ La deuxième branche du moyen reproche à l'arrêt confirmatif une violation de la loi.

Elle pose en prémisse que pour se prévaloir de la protection attachée à son mandat de conseiller du salarié mentionné par l'article L. 2411-1, 16° du code du travail, le salarié doit, au plus tard lors de l'entretien préalable au licenciement, avoir informé l'employeur de l'existence de ce mandat ou rapporter la preuve que l'employeur en avait alors connaissance.

L'arrêt est ainsi motivé :

« C'est à la date du 16 avril qu'a eu l'entretien préalable à une mesure de licenciement auquel M. [T] avait été convoqué le 8 avril.

Le 23 avril l'employeur a indiqué à M. [T] qu'il considérait son comportement comme une faute grave et prévoyait donc la tenue d'un conseil de discipline le 7 mai, que le salarié devrait se présenter avant, soit le 30 avril, pour un entretien dans le cadre de l'instruction du dossier et pourrait se faire accompagner.

Cette procédure devant un conseil de discipline est prévue par la convention collective des transports publics et rappelée dans le règlement intérieur, elle s'applique quand une faute est susceptible de

conduire à une sanction du deuxième degré, il est procédé à une instruction du dossier au cours de laquelle le salarié est entendu (il lui est donné communication de son dossier et des pièces relatives aux faits reprochés), puis le salarié est avisé de sa « comparution » devant le conseil et convoqué pour y être « entendu », le conseil rendant ensuite un avis après délibération.

Cette procédure offre donc au salarié des garanties supplémentaires à celles prévues par la procédure légale, notamment deux auditions au cours desquelles le salarié est entendu en toute connaissance des faits reprochés et des pièces.

Étant rappelé que l'objet de l'entretien préalable prévu à l'article L.1232-2 du code du travail est, aux termes de l'article L.1232-3, l'indication par l'employeur des motifs de la décision envisagée et le recueil des explications du salarié, il s'avère que les auditions s'étant déroulées en l'espèce les 30 avril (avec l'instructeur du dossier qui était la directrice des ressources humaines) et 7 mai (devant le conseil dont il n'est pas contesté qu'il est composé de représentants de l'employeur) avaient à nouveau cet objet et constituaient le préalable nécessaire, tout comme l'entretien de l'article L.1232-2, à la notification d'une sanction laquelle ne pouvait intervenir avant.

C'est donc au plus tard à la date du dernier de ces entretiens, soit le 7 mai, que l'employeur devait être informé de l'existence du mandat.

Il résulte de ce a été exposé ci-dessus qu'il l'était depuis le 4 mai.

En conséquence, il ne pouvait licencier M. [T] sans solliciter l'autorisation de l'inspecteur de travail et les premiers juges ont exactement jugé que le licenciement intervenu sans cette autorisation caractérisait un trouble manifestement illicite devant conduire à la réintégration du salarié. »

La question posée par la pourvoi est celle de la portée de la référence à « l'entretien préalable au licenciement » comme date butoir à laquelle l'employeur doit être informé de l'existence d'un mandat extérieur pour qu'un salarié bénéficie du statut de salarié protégé et ne puisse être licencié sans autorisation administrative.

Le mémoire ampliatif se réfère à la décision du Conseil Constitutionnel du 14 mai 2012, avant même la jurisprudence de notre chambre, pour observer que seule la date de l'entretien préalable au licenciement doit tenir lieu de référence et qu'il n'y a pas lieu de faire un sort particulier aux situations où une procédure de licenciement conventionnelle a lieu de s'appliquer.

Il observe que la dérogation retenue par la cour d'appel contreviendrait au but poursuivi par l'obligation faite par le Conseil Constitutionnel d'informer l'employeur « en temps utile ».

Selon lui, « *le but de cette obligation est de protéger la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle, mais aussi de façon sous-jacente, de faire respecter le principe de bonne foi dans l'exécution de la relation contractuelle. Ce principe de bonne foi impose au salarié, dès le premier entretien afférent à son potentiel licenciement, de prévenir son employeur de son statut. Dès lors que le salarié sait que la procédure de licenciement peut être impactée par son statut, il doit en informer l'employeur dès qu'elle est initiée et qu'il est à même de se faire entendre* ».

Le mémoire en défense, se référant au rapport annuel 2010 précité, souligne quant à lui que le choix d'une date butoir par la Cour de cassation a eu pour objectif d'éviter pour l'employeur de prononcer, en toute bonne foi, un licenciement en méconnaissance du statut.

Il soutient que la référence à la date de l'entretien préalable s'entend d'une situation où la procédure légale de licenciement est appliquée, mais qu'en cas de procédure

conventionnelle, il est logique de retenir la date du dernier entretien, puisque par hypothèse, l'employeur ne peut prendre sa décision de licencier avant.

Il rappelle que la consultation d'un organisme chargé, en vertu d'une disposition conventionnelle ou d'un règlement intérieur, de donner son avis sur un licenciement envisagé par un employeur constitue une garantie de fond, en sorte que le licenciement prononcé sans que cet organisme ait été consulté ne peut avoir de cause réelle et sérieuse (Soc. 8 septembre 2021, n° 19-15.039, publié).

Il estime donc logique qu'en cas de procédure conventionnelle, ce soit le dernier entretien avant la prise de décision et non l'entretien préalable initial, qui constitue la date ultime à laquelle l'information sur l'existence du mandat doit être donnée à l'employeur.

Il conclut : « *Comme le rappelle la demanderesse, l'information en temps utile requise par le conseil constitutionnel constitue la garantie du principe de bonne foi dans l'exécution de la relation contractuelle ; or celle-ci est assurée lorsque l'employeur a connaissance du mandant lors de la procédure préalable au licenciement, fût t-elle conventionnelle* ».

4.2. Sur le premier moyen : caractérisation du trouble manifestement illicite par le juge des référés

4.2.1. Rappel des textes et de la jurisprudence

L'article R.1455-5 du code du travail dispose que « dans tous les cas d'urgence, la formation de référé peut, dans la limite de la compétence des conseils de prud'hommes, ordonner toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend. »

L'article R.1455-6 précise que « la formation de référé peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent pour prévenir un dommage imminent ou pour faire cesser un trouble manifestement illicite ».

L'article R.1455-7 ajoute que « Dans le cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, la formation de référé peut accorder une provision au créancier ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire. »

Le trouble manifestement illicite est classiquement défini comme « *toute perturbation résultant d'un fait matériel ou juridique qui, directement ou indirectement, constitue une violation évidente de la règle de droit* » (H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, Sirey, tome III, 1961, t. III, 1991, n° 1289).

Dans l'ouvrage « Dalloz action Droit et pratique de la procédure civile » (n°236.242), Alain Lacabarats écrit :

« *L'appréciation du caractère illicite du trouble implique de la part du juge des référés «un certain préjugé sur le fond* », étant précisé que l'illicéité du fait ou de l'action critiquée peut résulter de la méconnaissance d'une disposition légale ou réglementaire, d'une décision de justice antérieure, d'une convention, du règlement

intérieur d'une entreprise, d'une simple règle morale ou même, quel que soit le fond du droit en cause, du procédé auquel une partie a eu recours pour régler le différend et obtenir, par violence ou voie de fait, le bénéfice de ce droit.

Il faut cependant que l'illicéité du trouble soit manifeste, la seule méconnaissance d'une réglementation étant à cet égard insuffisante. Il doit donc « sauter aux yeux » que la règle de droit, au sens large du terme, a été violée dans des conditions justifiant, sans contestation possible, qu'il soit mis fin à l'acte perturbateur. »

Si la Cour de cassation a jugé par le passé que le juge des référés dispose d'un pouvoir souverain pour apprécier l'existence d'un trouble manifestement illicite et pour ordonner la mesure de remise en état qui lui paraît s'imposer pour le faire cesser (ex : 2e Civ., 23 octobre 1985, pourvoi n° 84-13.490, Bulletin 1985 II N° 162), elle contrôle l'existence ou non d'un trouble manifestement illicite (Ass. plén., 28 juin 1996, pourvoi n° 94-15.935, Ass. Plén., 1996, n° 6).

Lorsque ce trouble est retenu, le juge peut prescrire des mesures conservatoires ou de remise en état nécessaires à la prévention d'un dommage imminent ou à la suppression d'un trouble manifestement illicite même en présence d'une contestation sérieuse.

Mais Alain Lacabarats souligne, dans l'ouvrage précité : « *une contestation réellement sérieuse sur l'existence même du trouble ou sur son caractère manifestement illicite doit empêcher le juge des référés de prononcer la mesure sollicitée* ».

Il retient un obstacle au prononcé de la mesure sollicitée, *par exemple* « *lorsque la solution du litige, même en référé, est subordonnée à l'interprétation par les juges du fond d'un article d'une convention collective* » ou « *lorsqu'un doute subsiste sur la règle de droit applicable* ».

Pour des illustrations de trouble non manifestement illicite :

Soc., 10 novembre 1988, pourvoi n° 87-41.359, Bulletin 1988 V N° 592 :

« Mais attendu qu'ayant relevé que la solution du litige était subordonnée à l'interprétation par le juge du fond de l'article 10 de la convention collective, explicité par l'avis de la commission paritaire, la formation de référé a pu retenir que le trouble invoqué n'était pas manifestement illicite ; que par ce seul motif, elle a justifié sa décision ; que le moyen ne saurait être accueilli ; »

2e Civ., 12 avril 2012, pourvoi n° 11-13.498 :

« Vu l'article 432 du code de procédure civile de Polynésie française ;

Attendu que le président peut toujours prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. et Mme [X...] (les consorts [X...]) ont fait assigner en référé MM. [Y...] et [Z...] pour obtenir leur expulsion de la terre cadastrée section AB n° [Cadastre 7], issue de la division de la terre ..., située à [Localité 4], et la remise en état de cette parcelle, sous peine d'astreinte;

Attendu que pour accueillir cette demande, l'arrêt retient que la parcelle n° [Cadastre 7] est indiquée au cadastre comme appartenant aux consorts [X...] et que, si le cadastre ne constitue pas un titre de propriété, il est apparemment évident qu'ils en sont propriétaires ;

Qu'en statuant ainsi, tout en constatant que M. [Y...] avait des droits sur le lot n° 2 de la terre ..., que si les quotités de chacun sur la terre ... sont bien établies, le partage de cette terre en deux lots n'est toujours pas matérialisé et la division du lot n° 2 en trois lots n'est pas pratiquée et en invitant les parties à faire réaliser une mesure d'expertise pour établir les documents d'arpentage, ce dont il résultait que le caractère manifestement illicite du trouble n'était pas établi, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; ».

2e Civ., 18 janvier 2018, pourvoi n° 17-10.636, Bull. 2018, II, n° 7 :

« Une cour d'appel, qui constate que l'employeur avait été placé en liquidation judiciaire, peut en déduire que le droit des salariés licenciés à bénéficier de la portabilité des garanties frais de santé et prévoyance, prévue par l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale, n'apparaissait pas avec l'évidence requise devant le juge des référés et que le trouble manifestement illicite invoqué n'était ainsi pas caractérisé ».

Soc., 8 avril 2021, pourvoi n° 19-22.097 :

« 4. La salariée fait grief à l'arrêt de confirmer l'ordonnance de référé en ce qu'elle lui a ordonné de cesser toute activité de concurrence professionnelle à la société [...] au sein de la société [...] et de la condamner à payer des sommes à titre provisionnel, alors « qu'est illicite la clause de non-concurrence qui, pour délimiter son périmètre géographique, se réfère "au niveau mondial" ; qu'en déduisant l'existence d'un trouble manifestement illicite de ce que la clause de non-concurrence, bien que sa délimitation soit le monde entier, ne rendait pas impossible l'exercice par la salariée d'une activité conforme à sa formation, lorsqu'il résultait de ses propres constatations qu'en stipulant qu'elle était d'application mondiale, la clause litigieuse n'était pas délimitée dans l'espace, la cour d'appel a violé l'article 1134 devenu les articles 1103 et 1104 du code civil. »

Réponse de la Cour

Vu le principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle et les articles L. 1121-1, R. 1455-6 et R. 1455-7 du code du travail :

5. Une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives.

6. Pour ordonner à la salariée de cesser toute activité de concurrence professionnelle à la société [...] au sein de la société [...] et la condamner à payer des sommes à titre provisionnel, l'arrêt retient que le fait que la délimitation géographique de l'obligation de non-concurrence soit le monde entier ne rend pas en soi impossible par la salariée l'exercice d'une activité professionnelle.

7. En statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que la clause de non-concurrence n'était pas délimitée dans l'espace, ce dont il résultait que les demandes fondées sur cette clause se heurtaient à l'existence d'une contestation sérieuse, et que sa méconnaissance ne constituait pas un trouble manifestement illicite, la cour d'appel a violé le principe et les textes susvisés. »

Le licenciement d'un salarié protégé sans autorisation de l'inspecteur du travail constitue un trouble manifestement illicite.

- Pour des exemples relatifs à la désignation d'un représentant de section syndicale :
Soc., 15 mai 2019, pourvoi n° 18-12.007 :

Mais attendu que pour l'application de l'article L. 2411-3 du code du travail, c'est au moment de l'envoi de la convocation à l'entretien préalable au licenciement que l'employeur doit avoir connaissance de la désignation du salarié comme représentant de section syndicale ;
Et attendu qu'ayant constaté que le salarié avait été convoqué à un entretien préalable au licenciement par lettre postée le 10 avril 2013 à 9 heures 25 par l'employeur qui n'a reçu que le 11

avril 2013 le courrier de l'organisation syndicale, posté le 10 avril 2013 à 16 heures, l'informant de la désignation du salarié comme représentant de section syndicale et relevé que l'employeur n'avait pas connaissance de la désignation du salarié lorsqu'il a engagé la procédure de licenciement, la cour d'appel, qui a statué par motifs propres, en a exactement déduit que la protection accordée aux représentants syndicaux ne pouvait bénéficier à ce salarié et que son licenciement selon la procédure de droit commun ne constituait pas un trouble manifestement illicite ;

- Soc., 15 juin 2022, pourvoi n° 21-10.509 :

« 6. La désignation d'un délégué syndical ou d'un représentant de section syndicale au sein d'une unité économique et sociale déjà reconnue est valablement notifiée à une seule personne lorsque celle-ci a la qualité de président des entités juridiques composant l'unité économique et sociale.

7. Ayant d'abord relevé que la désignation avait été notifiée à M. [T], président commun des entités composant l'UES, ce dont il résultait que cette notification, faite à une personne ayant qualité pour représenter l'ensemble des sociétés composant l'UES, emportait nécessairement connaissance de la désignation par les représentants légaux de ces sociétés, la cour d'appel a retenu à bon droit que la désignation était régulière et opposable à la société Sodelitt I dès sa notification.

8. Ayant ensuite constaté que la salariée avait été licenciée sans autorisation préalable de l'inspecteur du travail, alors que la notification de la désignation avait été faite avant l'envoi de la lettre de convocation à l'entretien préalable, de sorte que la salariée bénéficiait du statut protecteur avant l'engagement de la procédure de licenciement, la cour d'appel a pu en déduire, sans excéder ses pouvoirs, l'existence d'un trouble manifestement illicite . »

- Pour un exemple relatif à un salarié se prévalant d'un mandat extérieur à l'entreprise :

Soc., 16 janvier 2019, pourvoi n° 17-27.685 :

« Mais attendu qu'il appartient au salarié qui se prévaut du statut protecteur lié à un mandat extérieur à l'entreprise d'établir qu'il a informé son employeur de l'existence de ce mandat au plus tard avant la notification de l'acte de rupture, ou que celui-ci en avait connaissance ;

Et attendu que la cour d'appel, qui a constaté que le salarié n'avait pas informé son employeur de son mandat de défenseur syndical, et qu'il n'était pas établi que l'employeur en ait été informé, au jour de la notification de la rupture de la période d'essai, par le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi en application des dispositions de l'article D. 1453-2-7 du code du travail issues du décret n° 2016-975 du 18 juillet 2016, a statué à bon droit. »

Voir aussi: Soc., 6 mai 2014, pourvoi n° 13-16.498, précité.

4.2.2. Au cas présent,

L'arrêt constate que l'entretien préalable à une mesure de licenciement du salarié est intervenu le 16 avril 2021 et que l'employeur a été informé de la désignation de M. [T] comme conseiller du salarié le 4 mai 2021.

Il observe cependant qu'une procédure devant un conseil de discipline est prévue par la convention collective des transports publics et rappelée dans le règlement intérieur, *« qu'elle offre donc au salarié des garanties supplémentaires à celles prévues par la procédure légale, notamment deux auditions au cours desquelles le salarié est entendu en toute connaissance des faits reprochés et des pièces »*. Il constate que deux auditions du salarié ont eu lieu, la première le 30 avril avec l'instructeur du dossier, la seconde le 7 mai devant le conseil.

Retenant que c'est donc au plus tard au 7 mai que l'employeur devait être informé de l'existence du mandat, il en déduit que l'étant depuis le 4 mai, il ne pouvait licencier le salarié sans solliciter l'autorisation de l'inspecteur de travail et en conclut que *« les premiers juges ont exactement jugé que le licenciement intervenu sans cette autorisation caractérisait un trouble manifestement illicite devant conduire à la réintégration du salarié »*.

Le mémoire ampliatif soutient que de tels motifs contreviennent directement aux dispositions de la décision du Conseil Constitutionnel du 14 mai 2012 (SPC n° 2012-242), précité.

Rappelant les dispositions de l'article 62 de la Constitution, aux termes desquelles *« les décisions du conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent au pouvoir public et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles »*, il soutient que la cour d'appel, a retenu une date différente que celle de l'entretien préalable de licenciement comme date d'appréciation de la connaissance par l'employeur en violation manifeste de l'article 62 de la constitution et en s'autorisant une interprétation de l'article L.2411-1 du code du travail outrepassant les pouvoirs d'un juge des référés.

Le mémoire en défense soutient que sous couvert d'excès de pouvoir du juge des référés, le moyen reproche à la cour d'appel d'avoir fait application des principes posés dans le cadre d'une procédure légale de licenciement à l'hypothèse d'une procédure conventionnelle de licenciement. Il observe que la caractérisation d'un trouble manifestement illicite n'exclut pas que le juge des référés, pour constater ou écarter la violation caractérisée d'une règle de droit, soit conduit à interpréter les règles applicables. Il soutient que le moyen opère une confusion entre obligation non sérieusement contestable et trouble manifestement illicite.

En considération de l'ensemble de ces éléments, il appartiendra à notre chambre de dire si, en retenant que l'employeur était informé du mandat extérieur du salarié lors du dernier entretien prévu avec ce dernier par la procédure conventionnelle, la cour d'appel a pu retenir l'existence d'un trouble manifestement illicite résultant d'un licenciement du salarié sans autorisation administrative.

Dans l'éventualité d'une cassation du chef de dispositif critiqué par le premier moyen, une cassation sans renvoi est envisagée.