

### DEVENIR DE LA SANCTION PENALE CLASSIQUE EN DROIT DU TRAVAIL : QUELQUES SIGNES D'EVOLUTION SE FONT JOUR...

<b>Editorial</b> .....	1
<b>Jurisprudence</b> .....	3
• Relations individuelles et collectives du travail .....	3

#### éditorial

Alain Coeuret  
*Of Counsel*

Nul n'ignore qu'en droit du travail français, la sanction pénale est omniprésente en ce qu'elle accompagne toute règle d'ordre public ou presque, censée par cette défense majeure gagner en effectivité. Avec le temps cependant, une certaine usure du "réflexe répressif" a pu être relevé. En particulier, les inspecteurs du travail, premiers artisans de la rédaction des procès-verbaux adressés aux parquets, semblent désormais vouloir user davantage de la possibilité qu'ils tiennent de la loi internationale (convention OIT n° 81 relayée par le droit interne) de prendre leur distance par rapport à la voie pénale traditionnelle et d'opter, au moins dans un premier temps, pour une réponse non judiciaire aux manquements qu'ils constatent dans les entreprises soumises à leur contrôle. A cela sans doute plusieurs causes, mais il en est une qui découle de la complexification même du droit pénal général lorsqu'il traite de la responsabilité des personnes morales.

Il faut en effet se rappeler qu'en dépit de sa manière parfois "anthropomorphique" de considérer les personnes morales comme de véritables responsables pénaux à l'image des personnes physiques, le législateur de 1992 a néanmoins introduit dans le nouveau Code pénal des règles qui consacrent sans équivoque une responsabilité de type indirect, ou "par emprunt" nécessitant la vérification par le juge de ce que l'infraction qu'on entend imputer à la personne morale a bien été commise, dans tous ses éléments constitutifs, par un organe ou un représentant de celle-ci (C. pénal art. 121-2). Une tâche supplémentaire est ainsi dévolue à l'autorité judiciaire qui entend obtenir la condamnation de la personne morale. Elle doit clairement identifier, sur la base des éléments fournis par l'enquête, quelle est la personne physique isolée ou le collectif (conseil d'administration) qui apparaît concrètement comme l'auteur direct de l'infraction et qui, par ailleurs avait qualité d'organe ou de représentant de la personne morale mise en cause au moment des faits. Un tout récent arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 7 juin 2017 (n° 15-87214) confirme le caractère incontournable de cette exigence précisément à l'occasion d'infractions relevant du droit du travail. Il reproche aux juges du fond de ne pas avoir effectué cette vérification préalable dans des termes qui sont les suivants : "Dès lors qu'il n'est pas démontré que les agissements de travail dissimulé, d'emploi d'étrangers non munis d'une autorisation de travail et d'aide à l'entrée et au séjour d'étrangers en France résultent de l'action de l'un des organes ou représentants de la société prévenue, cette dernière ne peut être déclarée responsable pénalement des infractions commises".

L'orientation de la jurisprudence criminelle est donc désormais très claire sur cette question. La responsabilité pénale d'une personne morale n'est pas engagée de la même façon que celle d'une personne physique, l'approche est plus complexe quelle que soit l'infraction en cause. Mais, au stade initial du constat, il s'ensuit pour l'agent de contrôle une incertitude supplémentaire (distincte du risque de classement sans suite de son procès-verbal par le Parquet). Car, quel que soit le soin qu'il aura mis à décrire les faits, il ne sera jamais assuré que le processus répressif qu'il met en mouvement ne sera pas grippé ultérieurement par la "mécanique" pénale issue de l'article 121-2 du Code pénal. C'est en effet exclusivement à l'autorité judiciaire, et non à l'administration, de satisfaire à cette exigence de repérage des rôles joués par les personnes en charge de la gouvernance de l'entité juridique "employeur". Et l'arrêt précité montre qu'elle n'y parvient pas nécessairement. Or bien plus que d'autres branches du droit pénal, le droit pénal du travail a ouvert toutes grandes, aux personnes morales, les portes du prétoire pénal, ce qui aggrave l'aléa évoqué. Depuis la recodification du Code du travail en 2008, le législateur a en effet pris le parti de généraliser l'utilisation du vocable "employeur" pour désigner la qualité à partir de laquelle on doit identifier le responsable pénal dans ce secteur. Le "chef d'entreprise", premier d'entre les dirigeants personnes physiques, n'est plus cité par les dispositions répressives du Code du travail.

Ce choix n'est pas purement formel. Il oriente mécaniquement les poursuites vers l'entité juridique autonome (société ou autre) qui assume patrimoniallement les obligations de "l'employeur" et fait qu'en droit pénal du travail, bien plus qu'ailleurs, les personnes morales sont en première ligne, comme l'illustre d'ailleurs très clairement l'arrêt précité.

La complexité dans le jeu des règles pénales dont l'article 121-2 est porteur, contraste avec la simplicité qui préside à la mise en œuvre d'une autre forme de répression, certes rattachable elle aussi à la "matière pénale" et soumise comme telle à ses principes, mais qui "stylise" considérablement la détermination du responsable du "manquement". Dans les procédures de sanction administrative qui se mettent en place en droit du travail (notamment par l'effet de l'ordonnance du 7 avril 2016), l'agent de contrôle qui est à l'origine de la poursuite, puis le Directe qui prend à proprement parler la décision, n'ont pas à pratiquer, dans le champ infractionnel autorisé, une différence de traitement selon la nature juridique de la personne poursuivie. Une fois constaté dans sa matérialité, le "manquement" déclenche à tout coup et de façon immédiate la répression administrative à l'encontre de la personne morale employeur, essentiellement parce que c'est elle qui est débitrice de l'obligation dont l'injonction a été méconnue et aucunement en raison de la qualité d'un auteur direct. On peut gager qu'une telle alternative, qui fait l'économie d'un procès pénal au cérémonial parfois décalé, l'emportera en pratique, si elle se développe, sur une voie judiciaire devenue très (trop ?) sophistiquée et partant, imprévisible dans ses effets pour ceux qui sont chargés d'orienter la répression dans le secteur du droit social.

## JURISPRUDENCE

### Relations Individuelles et Collectives du Travail

**Florilège d'arrêts sur le statut protecteur des représentants du personnel (cass. Soc. 26 octobre 2016 n° 15-15923 ; soc. 3 novembre 2016 n° 15-16026 ; C. Et. 23 novembre 2016 n° 392059 ; cass. Soc. 1er février 2017 n° 15-24310 ; soc. 18 janvier 2017 n° 15-24599).**

A la croisée du droit privé et du droit public, le statut protecteur des représentants du personnel et des personnes qui y sont assimilées continue de susciter maintes questions dont les arrêts rapportés fournissent une illustration. C'est d'abord à l'identification des bénéficiaires des règles protectrices contre le licenciement que s'attachent les juges décidant par le premier arrêt que dans l'hypothèse particulière où un salarié qui n'était titulaire à l'origine d'aucun mandat représentatif a introduit devant le Conseil de prud'hommes une action de résiliation judiciaire contre son employeur puis a candidaté aux élections prud'homales durant cette instance qui s'est soldée par la condamnation de l'employeur, l'accession au statut protecteur qui en résulte pour l'intéressé ne lui permet pas pour autant de bénéficier de l'indemnité forfaitaire qui correspond aux salaires restant à courir jusqu'au terme de la période de protection. Ce que précise la Cour c'est que cette indemnité n'est due par l'employeur que dans le cas où le salarié était déjà protégé lors de l'introduction de la demande en résiliation, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Dès lors, le salarié bien que "protégé" pendant 6 mois à compter de la publication des candidatures ne peut, dans ce cas de figure, invoquer la nullité de la rupture de son contrat de travail et n'a droit qu'aux conséquences indemnitaires d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. En d'autres termes, il faut porter la plus grande attention sur le moment exact où le salarié, qui invoque la protection exorbitante du droit commun du licenciement, accède à la qualité de protégé, lorsqu'il a formé parallèlement une action en résiliation devant le juge du contrat de travail. Si cette date est postérieure à l'introduction de la demande en résiliation, l'indemnisation est bien moindre que celle qui est due dans le cas le plus fréquent où le salarié était déjà protégé avant cette action en justice.

De cette première décision, somme toute, en demi-teinte pour les salariés concernés, il est possible de rapprocher un arrêt de la chambre sociale qui, lui aussi, retient une interprétation qui pour être ancienne n'en traduit pas moins une volonté de rigueur dans la délimitation des situations protégées par le statut. Dans le silence de l'article L 2124-24 du Code du travail, la Cour réaffirme une jurisprudence (soc. 26 janvier 1972 n° 71-40194) aux termes de laquelle la mutation du salarié protégé dans un autre établissement distinct que celui dans lequel il a été désigné ou élu à des fonctions représentatives met fin à sa protection légale face au licenciement pour la raison majeure que les mandats représentatifs sont frappés de caducité. Dans l'affaire, le salarié en cause était membre suppléant d'un comité d'établissement. Il avait donc été élu pour représenter les salariés de cet établissement distinct et de nul autre. La mutation de l'intéressé d'un établissement distinct à un autre de la même entreprise présente par conséquent un intérêt stratégique important pour l'employeur puisque, à partir de ce changement d'affectation, l'intéressé n'est plus salarié protégé, même si le ou les mandats qu'il occupait sont loin d'être proches de leur terme. Toutefois, pour qu'il en soit ainsi encore convient-il que la mutation inter-établissements ait été expressément acceptée (voir déjà cass. Soc. 31 janvier 2012 n° 10-2034) et qu'elle ait un caractère définitif (un changement temporaire d'affectation ne produit pas les mêmes effets soc. 11 mars 1982 n° 80-41952). La mutation en question devra être formalisée par avenant au contrat de travail et traduire une volonté claire du salarié d'accepter un emploi différent qui lui fait quitter l'établissement d'origine. Attention à l'éventuel débat sur la délimitation de l'établissement d'accueil eu égard à la relativité du découpage de l'entreprise auquel conduit souvent la mise ne place puis le renouvellement des IRP. Mais il semble, en tout cas, d'après les termes de la réponse au pourvoi, que l'employeur n'ait pas à informer le salarié, jusque-là protégé, des conséquences de sa nouvelle affectation sur le ou les mandats qu'il exerce.

De son côté, le Conseil d'Etat a été invité à se prononcer sur la délimitation des cas dans lesquels se déclenchent les règles du statut protecteur. Par la décision rendue le 23 novembre 2016, la Haute juridiction administrative, s'écartant d'une jurisprudence plus ancienne, considère que l'inspecteur du travail doit statuer sur la demande d'autorisation de licenciement même si la protection a pris fin le jour de sa décision. Jusqu'à cet arrêt, il était au contraire décidé que l'inspecteur devait se déclarer incompétent dès qu'il constatait que la protection arrivait à expiration. C'est donc bien d'un revirement dont il s'agit duquel il convient de bien mesurer la portée. L'autorisation administrative est désormais requise dès lors que le salarié bénéficiait de la protection attachée à son mandat à la date d'envoi de la convocation à l'entretien préalable au licenciement. Cette nouvelle jurisprudence pose un problème de coordination avec la position du juge judiciaire pour lequel jusqu'à présent on en reste au moment où l'inspecteur doit rendre sa décision (soc. 6 janvier 2016 n° 14-12717).

On reviendra à la Cour de cassation pour commenter les deux derniers arrêts signalés dans cette rubrique. Les règles spéciales contre le licenciement ne s'appliquent pas seulement aux représentants du personnel, élus ou syndicaux stricto sensu. Elles étendent également leurs effets à la détention, par des salariés, d'autres mandats souvent extérieurs à l'entreprise. Tel est le cas en particulier des salariés mandatés par les organisations syndicales pour siéger au sein des commissions paritaires professionnelles ou interprofessionnelles par accord collectif. L'arrêt du 1er février 2017 reconnaît expressément à ces salariés le bénéfice de la protection en les assimilant à des délégués syndicaux comme le suggèrent les termes de l'article L 2234-3 du Code du travail issu de la loi du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle. La Cour de cassation rejoint ainsi le Conseil d'Etat qui, dans une décision du 4 mai 2016 (n° 380954) avait statué en des termes identiques : "Le législateur a entendu accorder aux salariés membres des commissions paritaires professionnelles créées par accord collectif la production prévue... pour les délégués syndicaux en cas de licenciement, ces dispositions, qui sont d'ordre public en raison de leur objet, s'imposent en vertu des principes généraux du droit du travail... à toutes les commissions paritaires professionnelles créée par accord collectif...".

La conclusion s'impose : le périmètre du statut protecteur quant aux personnes s'élargit considérablement et son centre de gravité se déplace. Il s'éloigne progressivement des fonctions représentatives intra-entreprises qui deviennent un sous-ensemble du périmètre de protection dans sa délimitation initiale.

Le dernier arrêt de cette série, qui montre la vitalité de cet aspect du droit des IRP, a été rendu par la Cour de cassation le 18 janvier 2017. Il concerne une étape importante de la procédure de licenciement lorsque le salarié protégé fait l'objet de la part de l'employeur d'un grief de nature disciplinaire qui s'est traduit par une mise à pied conservatoire. Dans cette hypothèse, l'article L 2421-1 du Code du travail prévoit, qu'à peine de nullité, cette mise à pied doit être notifiée à l'inspecteur du travail dans les 48 heures suivant sa prise d'effet. Mais cette nullité ne touche que la mise à pied elle-même et n'affecte pas en soi la régularité de la sanction prise par l'employeur à l'issue de la procédure disciplinaire. Dans l'hypothèse où, comme en l'espèce, l'employeur opte finalement pour une autre sanction que le licenciement, il aura seulement à payer le salaire correspondant à cette période de suspension. La sanction elle-même (blâme, avertissement, mise à pied disciplinaire) ne sera pas affectée dans sa validité, du moment que la faute reprochée est d'une gravité suffisante pour la justifier.

## PUBLICATIONS DU CABINET

- **Alain Coeuret** - La procédure d'amendes administratives : entre principe d'indépendance et priorité du judiciaire à paraître in *Sem. Soc. Lamy 2017*

---

## CONTACTS

BAUDOIN DE MOUCHERON  
moucheron@gide.com

AURELIEN BOULANGER  
boulanger@gide.com

DAVID JONIN  
jonin@gide.com

FOULQUES DE ROSTOLAN  
rostolan@gide.com

FRANÇOIS VERGNE  
f.vergne@gide.com

GUILLAUME NAVARRO  
navarro@gide.com

ALAIN COEURET  
alain.coeuret@gide.com

Vous pouvez consulter cette lettre d'informations sur notre site Internet, rubrique Actualités & Publications : [gide.com](http://gide.com)

Cette lettre d'informations est une publication électronique périodique éditée par le cabinet Gide Loyrette Nouel (le "Cabinet") diffusée gratuitement auprès d'un nombre limité de personnes ayant une relation directe ou indirecte avec le Cabinet. Cette lettre d'informations est réservée à l'usage privé de son destinataire et n'a qu'une vocation d'information générale non exhaustive. Elle ne saurait constituer ou être interprétée comme un acte de conseil juridique. Le destinataire est seul responsable de l'usage qu'il fait des informations fournies dans la lettre d'Informations et le Cabinet ne pourra être tenu responsable envers le destinataire de quelconques dommages directs ou indirects découlant de l'utilisation de ces informations. Conformément à la loi "informatique et libertés" n° 78-17 modifiée, vous pouvez demander à accéder, faire rectifier ou supprimer les informations vous concernant traitées par notre service Communication ([privacy@gide.com](mailto:privacy@gide.com)).