

**SALARIÉ PROTÉGÉ.** L'absence de renouvellement d'un CDD d'un conseiller du salarié nécessite-t-elle l'autorisation préalable de l'inspection du travail? La réponse à cette question était claire avant la recodification du Code du travail de 2007 : l'ancien article L. 122-14-16 du Code du travail incluait clairement le conseiller du salarié au bénéfice de la procédure de l'article L. 412-18 du Code du travail requise pour tout salarié protégé, et l'accord de l'inspection du travail était en conséquence requise. Mais le nouvel article L. 2411-21 du Code du travail est moins clair dans ses renvois vers le dispositif protecteur. Dans cet arrêt du 10 juillet 2024, la Cour de cassation tranche ; Maître Jonathan Cadot, du cabinet Lepany & associés, nous accompagne dans son analyse.

# Entre recodification à droit constant et évolution législative : une illustration du contrôle de la Cour de cassation

Jonathan Cadot, Avocat associé, Lepany & associés

Par son arrêt rendu le 10 juillet 2024, qui fera l'objet d'une publication au *Bulletin*, la Cour de cassation a été amenée à connaître de l'étendue de la protection des conseillers du salarié qui sont désignés pour assister les salariés dans les entreprises dépourvues de représentation du personnel<sup>1</sup>.

En l'espèce, le conseiller du salarié avait été embauché dans le cadre d'un CDD pour accroissement temporaire d'activité sans clause de renouvellement.

Il s'agissait de déterminer si l'inspection du travail devait être saisie un mois avant l'arrivée du terme du CDD pour s'assurer que le salarié ne faisait pas l'objet d'une mesure discriminatoire (*C. trav.*, art. L. 2421-8).

L'enjeu n'était pas des moindres dès lors que le salarié avait saisi le conseil de prud'hommes pour obtenir la nullité de la rupture de son contrat de travail en l'absence d'autorisation de l'inspection du travail.

Aux termes de son arrêt, la Cour de cassation vient, dans un premier temps, mobiliser le principe de recodification à droit constant pour rappeler que le salarié en CDD, occupant un mandat de conseiller du salarié, bénéficie des règles de protection au terme de son CDD au même titre que les

autres salariés protégés, considérant que « bien qu'il ne figure pas dans la liste de l'article L. 2412-1 du Code du travail, il résulte de la recodification à droit constant issue de l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au Code du travail, que le conseiller du salarié en contrat à durée déterminée bénéficie de la protection prévue à l'article L. 2421-8 du Code du travail ».

Toutefois, prenant en compte la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 de ratification des ordonnances Macron, dans sa version en vigueur à compter du 1<sup>er</sup> avril 2018, la chambre sociale est venue juger que « la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 ayant modifié les circonstances dans lesquelles l'employeur saisit l'inspecteur du travail [...], il n'y a pas lieu de saisir l'inspecteur du travail dans le cas de l'arrivée du terme d'un contrat à durée déterminée ne relevant pas des contrats conclus sur le fondement du 3° de l'article L. 1242-2 du même code et ne comportant pas de clause de renouvellement ».

C'est l'occasion de revenir sur le recours par la Cour de cassation au principe de recodification à droit constant, qui lui a permis de garantir la protection du conseiller du salarié, et sur l'impact des modifications législatives ultérieures qui a limité l'étendue de sa

protection en cas d'arrivée à échéance de son CDD.

## LA PROTECTION DU CONSEILLER DU SALARIÉ EN FIN DE CDD EN APPLICATION DU PRINCIPE DE RECODIFICATION À DROIT CONSTANT

### ► Le principe de recodification à droit constant

Il y a quasiment 20 ans, le travail de recodification du Code du travail était initié par la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit. Dans ce cadre, le gouvernement était habilité, par voie d'ordonnance, notamment, à recodifier le Code du travail.

Il était prévu, en application de l'article 84 de ladite loi, que les dispositions codifiées seraient celles en vigueur au moment de la publication des ordonnances.

Les seules modifications possibles étaient celles qui seraient rendues nécessaires pour « assurer le respect de la hiérarchie des normes, assurer la cohérence rédactionnelle des textes ainsi rassemblés, harmoniser l'état du droit, remédier aux éventuelles erreurs, abroger les dispositions, codifiées ou non, devenues sans objet ».

Si la notion de recodification « à droit constant » n'était pas ex- ●●●

1. Cass. soc., 10 juill. 2024, n° 22-21.856 FS-B.

●●● pressément mentionnée, elle était induite par l'encadrement du travail du gouvernement.

Malgré tout, il est apparu nécessaire de prévoir, à l'article 57 de la loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006, que « le gouvernement est autorisé à procéder par ordonnance à l'adaptation des dispositions législatives du Code du travail à **droit constant**, afin d'y inclure les dispositions de nature législative qui n'ont pas été codifiées, d'améliorer le plan du code et de remédier, le cas échéant, aux erreurs ou insuffisances de codification ».

Se posait alors la question de savoir qui serait le garant du principe de recodification à droit constant.

Le Conseil constitutionnel devait considérer que cela ne relevait pas de son contrôle, motif pris qu'il n'avait pas à connaître de la conformité des ordonnances aux lois d'habilitation renvoyant ce contrôle au Conseil d'État<sup>2</sup>. Or, le Conseil d'État ne devait pas statuer sur le sujet.

D'ailleurs, le Conseil constitutionnel n'avait-il pas jugé qu'en ratifiant l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007, le Parlement avait considéré que la recodification s'était réalisée conformément aux lois d'habilitation, c'est-à-dire en respectant le principe du droit constant ?

Toutefois, cela n'était guère satisfaisant au regard de l'ampleur du travail de recodification.

C'est ainsi que la chambre sociale de la Cour de cassation a eu recours au « principe d'interprétation constante » du « nouveau » Code du travail selon lequel, en cas de doute sur l'interprétation d'une des nouvelles dispositions, il convient de considérer que la nouvelle version doit s'interpréter comme l'ancienne<sup>3</sup>.

## ► L'application de ce principe en matière de protection des conseillers du salarié

Postérieurement, la Cour de cassation a été amenée à mobiliser le principe de recodification à droit constant pour garantir la protection du conseil-

ler du salarié en cas de licenciement intervenant après le terme de son mandat et à l'arrivée à échéance de son CDD.

## L'étendue de la protection du conseiller du salarié en cas de licenciement postérieurement au terme de son mandat

Postérieurement à la recodification du Code du travail, la Cour de cassation devait connaître, dans son arrêt du 27 janvier 2010, de la question de la protection de l'ancien conseiller du salarié<sup>4</sup>.

Préalablement à la recodification du Code du travail, l'ancien article L. 122-14-16, alinéa 2 du Code du travail venait prévoir que le licenciement du conseiller du salarié était soumis à la procédure prévue par l'article L. 412-18 du Code du travail.

Cet article visait le licenciement du délégué syndical en exercice et celui intervenant dans les 12 mois suivant la fin de son mandat. Cette protection due à l'ancien délégué syndical avait été appliquée par la Cour de cassation par analogie à l'ancien conseiller du salarié<sup>5</sup>.

Dans le cadre de l'important travail de recodification des dispositions applicables aux représentants du personnel et titulaires de mandat, et, notamment, s'agissant du régime protecteur dont ils bénéficiaient, le conseiller du salarié faisait en toute logique toujours partie des salariés dits protégés devant figurer au 16° de l'article L. 2411-1 du Code du travail.

Toutefois, le nouvel article applicable, à savoir l'article L. 2411-21 du Code du travail, ne faisait plus référence au régime protecteur du délégué syndical, comme c'était le cas avant la recodification.

Plus encore, il était prévu expressément une protection résiduelle à l'issue de certains mandats, en raison de la référence aux anciens représentants du personnel, sans que le conseiller du salarié ne soit visé.

Une lecture littérale du nouveau texte induisait que le conseiller du salarié perdait le bénéfice d'une protection à compter de la fin de son mandat.

C'est dans ces circonstances que la chambre sociale devait considérer que « **sauf dispositions expresses contraires**, la recodification est intervenue à droit constant », et « qu'il en résulte que s'appliquent au conseiller du salarié les dispositions de l'article L. 2411-3 du Code du travail relatives à la durée de la protection d'un délégué syndical »<sup>6</sup>.

Ainsi, la Haute juridiction a fait prévaloir l'esprit de la recodification sur la lettre du nouveau texte, conformément à la solution qui prévalait sur le fondement des anciennes dispositions du Code du travail antérieures au 1<sup>er</sup> mai 2008, pour considérer que le conseiller du salarié continuait à bénéficier d'une protection de 12 mois à l'issue de son mandat.

Il est à noter que cette solution reste pleinement applicable à ce jour.

## La protection du conseiller du salarié à l'issue de son CDD avant la loi n° 2018-217

Par un arrêt rendu le 7 juillet 2021, la Cour de cassation avait à connaître de la situation d'un conseiller du salarié, cette fois-ci dont le CDD arrivait à terme<sup>7</sup>.

En l'espèce, le CDD du conseiller du salarié avait pris fin à son échéance sans que l'employeur n'ait saisi l'inspection du travail avant l'arrivée à terme du CDD.

En effet, les nouveaux articles L. 2412-1 et L. 2421-8 du Code du travail ne mentionnaient pas le mandat de conseiller du salarié comme l'un des mandats justifiant la saisine de l'inspection du travail avant l'arrivée du terme du CDD.

Toutefois, l'ancien article L. 122-14-16 du Code du travail prévoyait que le licenciement par l'employeur du conseiller du salarié soit soumis à la procédure prévue par l'article L. 412-8 du Code du travail qui disposait quant à lui que le délégué syndical lié à l'employeur par un CDD bénéficie des mêmes garanties et protections que celles accordées aux délégués du personnel (DP) et aux membres du comité d'entreprise (CE), conformément aux

2. Déc. n° 2007-561 DC, 17 janv. 2008. Loi ratifiant Ord. n° 2007-329, 12 mars 2007 relative au Code du travail.

3. Cass. soc., 29 avr. 2009, n° 08-60.484, Bull. civ. V, n° 115.

4. Cass. soc., 27 janv. 2010, n° 08-44.376, Bull. civ. V, n° 22.

5. Cass. soc., 2 mai 2001, n° 98-46.055, Bull. civ. V, n° 144; Cass. soc., 19 juin 2007, n° 05-46.017, Bull. civ. V, n° 106.

6. Cass. soc., 27 janv. 2010, n° 08-44.376, précité.

7. Cass. soc., 7 juill. 2021, n° 19-23.989 F-B.

anciens articles L. 425-2 et L. 436-2 du Code du travail.

Ainsi, la Cour de cassation, rappelant une nouvelle fois que la recodification était intervenue à droit constant, considérait que le conseiller du salarié devait bénéficier de la protection prévue à l'article L. 2421-8 du Code du travail imposant que, lorsque le contrat à durée déterminée arrive à son terme, l'inspecteur du travail autorise préalablement sa cessation<sup>8</sup>.

Il peut être regretté que le législateur n'ait pas entendu tenir compte de la position de la Cour de cassation pour modifier les dispositions légales et plus spécifiquement la liste des salariés bénéficiant d'une protection à l'échéance de son CDD.

C'est ainsi que la Cour de cassation vient fort logiquement considérer, dans son arrêt rendu le 10 juillet 2024, se fondant une fois encore sur une interprétation du Code du travail à droit constant, que le conseiller du salarié, même s'il n'est pas visé dans la liste des bénéficiaires de la protection prévue en cas de rupture d'un CDD à l'article L. 2412-1 du Code du travail, doit bénéficier de la protection prévue à l'article L. 2421-8 du Code du travail.

#### L'ÉVOLUTION DE L'ÉTENDUE DE LA PROTECTION DU CONSEILLER DU SALARIÉ EN APPLICATION DE LA LOI N° 2018-217

Si la recodification à droit constant issue de l'ordonnance n° 2007-329

du 12 mars 2007 relative au Code du travail implique que le conseiller du salarié bénéficie d'une protection avant l'échéance du CDD, l'étendue de cette protection n'est pas intangible et doit prendre en compte les modifications législatives ultérieures.

Il convenait donc de déterminer l'impact de la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 de ratification des ordonnances Macron qui venaient modifier l'étendue des garanties accordées aux salariés protégés en CDD.

Des questions pouvaient se poser au regard de la position de la Direction générale du travail (DGT), qui, dans son guide<sup>9</sup>, considérait que l'employeur devait saisir l'inspection du travail préalablement à l'échéance du terme de tout CDD, peu importe que la rédaction de l'article L. 2421-8 du Code du travail ne semble viser que les CDD saisonnier ou d'usage<sup>10</sup>, non pas pour obtenir l'autorisation de rompre le contrat, mais à tout le moins pour permettre à l'inspection du travail de contrôler l'absence de lien entre le mandat et la fin du CDD.

Faisant primer la lettre du texte et son interprétation littérale, la Cour de cassation vient désormais juger qu'en application des articles L. 2412-1, L. 2421-7 et L. 2421-8 du Code du travail, l'autorisation de l'inspection du travail n'est nécessaire :

– qu'en cas de rupture du CDD avant l'échéance du terme, en raison d'une faute grave ou de l'inaptitude constatée par le médecin du travail, peu impor-

tant qu'il s'agisse d'un CDD de droit commun ou d'un CDD saisonnier ou d'usage ;

– qu'à l'échéance du terme du CDD, lorsqu'il n'a pas été renouvelé malgré la présence d'une clause de renouvellement (CDD de droit commun) ou d'une clause de reconduction (CDD saisonnier ou d'usage)<sup>11</sup>.

Ainsi, la saisine de l'inspection du travail n'est plus requise lors de l'arrivée à terme d'un CDD dit « classique » (hors CDD saisonnier et d'usage) ne comportant pas de clause de renouvellement.

Cette solution vaut, bien entendu, pour l'ensemble des salariés protégés visés à l'article L. 2412-1 du Code du travail et pas seulement pour les conseillers du salarié.

En conséquence, en présence d'un CDD pour surcroît temporaire d'activités sans clause de renouvellement, comme c'était le cas dans l'affaire que la Cour de cassation avait à connaître, l'employeur n'avait pas à saisir l'inspection du travail préalablement à l'échéance du CDD.

Ainsi, la Cour de cassation a entendu réaffirmer que le principe de recodification à droit constant continue à s'appliquer mais doit prendre en compte les modifications législatives ultérieures. ■

► **Cass. soc., 10 juill. 2024, n° 22-21.856 FS-B**

8. À rapprocher des décisions rendues au bénéfice des conseillers prud'homaux dans les six mois suivant la cessation de leur mandat (Cass. soc., 13 mars 2012, n° 10-21.785, Bull. civ. V, n° 99) et au bénéfice des membres du CHSCT (Cass. soc., 23 oct. 2012, n° 11-19.210, Bull. civ. V, n° 270).

9. Guide DGT 12-2021, fiche 13 a.

10. L'article L. 2421-8 du Code du travail dispose que « pour l'application de la protection prévue au dernier alinéa [relatif aux CDD saisonnier et d'usage] des articles L. 2412-2, L. 2412-3, L. 2412-4, L. 2412-5, L. 2412-8, L. 2412-9 et L. 2412-, l'arrivée du terme du contrat de travail à durée déterminée n'entraîne sa rupture qu'après constatation par l'inspecteur du travail, saisi en application de l'article L. 2412-1, que le salarié ne fait pas l'objet d'une mesure discriminatoire.

L'employeur saisit l'inspecteur du travail avant l'arrivée du terme. L'inspecteur du travail statue avant la date du terme du contrat ».

11. Également, l'employeur doit saisir l'inspecteur du travail pour qu'il constate que le salarié protégé ne fait pas l'objet d'une mesure discriminatoire lors de l'arrivée à terme d'un CDD saisonnier, sauf dans le cas où, en application d'une convention, d'un accord collectif ou du contrat de travail, l'employeur est engagé au terme du contrat à reconduire ce dernier pour la saison suivante (C. trav., art. L. 2421-8-1).