

# D O C U M E N T S

## LICENCIEMENT DES SALARIÉS PROTÉGÉS. – Décisions administratives en la matière et traitement des recours hiérarchiques contre ces décisions.

Circulaire DRT n° 3 du 1<sup>er</sup> mars 2000 <sup>(1)</sup>  
(Ministère de l'emploi et de la solidarité)

Les recours hiérarchiques formés devant la ministre de l'emploi et de la solidarité à l'encontre de décisions de l'inspection du travail en matière de licenciement ou de transfert de salariés protégés constituent une attribution importante, en raison des enjeux en cause comme de l'ampleur de la charge de travail qu'elle engendre pour les services déconcentrés, tant pour les inspecteurs du travail auteurs des décisions initiales que pour ceux chargés de la contre-enquête et de la rédaction de la note de synthèse, ainsi que pour les services de l'administration centrale. Ainsi, pour 1998, dernières statistiques définitives, ce sont 1 116 recours (1 131 en 1997) qui ont été formés devant la ministre contre les décisions des inspecteurs du travail dont 1071 concernant des licenciements ou des transferts de salariés protégés et 45 se rapportant à des élections professionnelles.

Les 1 071 recours ont fait l'objet du traitement suivant :

	DÉCISION INITIALE		INSTRUCTION POUR LE SERVICE		
	Refus	Autorisation	Décision confirmative	Décision d'annulation	Désistement sans objet ou irrecevable
Licenciement économique	361	105	273	96	97
Licenciement disciplinaire	375	115	381	60	49
Autres licenciements	41	23	41	12	11
Total licenciements	777	243	695	168	157
Transfert	23	28	12	21	18
<b>Total général</b>	<b>800</b>	<b>271</b>	<b>707</b>	<b>189</b>	<b>175</b>

896 recours ont donné lieu à décision ministérielle dont 863 concernaient le licenciement de salariés protégés et 33 le transfert de salariés protégés.

L'analyse des décisions prises par le ministre sur recours hiérarchique fait apparaître une progression de 12,64 % des décisions prises en matière de licenciement pour motif disciplinaire, mais en revanche une baisse de 16,03 % des décisions prises en matière de licenciement pour motif économique.

L'examen par motif fait apparaître une prépondérance des décisions fondées sur un motif personnel, disciplinaire ou non (54,31 % contre 45,69 % pour les décisions fondées sur un motif économique).

En 1998, la ministre a confirmé 80,53 % des décisions prises par les inspecteurs du travail soit une nette

progression par rapport aux années précédentes (77,45 % en 1997 et 76,96 % en 1996), le taux le plus élevé ayant observé en 1992 (84,03 %).

Ces différents chiffres témoignent de l'importance que revêt aux yeux des employeurs et des salariés le recours devant la ministre, qui attache une attention particulière à ce que la procédure des recours hiérarchiques soit suivie avec le plus grand soin par son administration, notamment en matière d'examen de la légalité externe et interne des décisions prises, mais aussi en matière de respect des délais.

### I - PROCÉDURES APPLICABLES DANS LES SERVICES DÉCONCENTRÉS

Un constat particulièrement négatif sur le traitement des recours hiérarchiques devait être dressé courant 1997, en raison notamment de la transmission tardive des rapports d'enquête et de la note de synthèse à la DRT, ne permettant pas un traitement satisfaisant des dossiers.

Devant ce constat, une première série de mesures avait été prise et vous avait été explicitée dans la note du 8 octobre 1997. Il avait notamment été demandé que soit précisée dans les voies de recours l'adresse postale de la sous-direction des salariés en charge des recours hiérarchiques. Cette précision a permis de raccourcir considérablement le délai de transmission des demandes d'enquête aux services déconcentrés.

Pendant, cette amélioration notable du temps dont disposent les services déconcentrés pour effectuer la contre-enquête et rédiger la note de synthèse n'a pas eu à ce jour pour conséquence une transmission de ces documents au rédacteur compétent dans les délais impartis pour permettre un traitement satisfaisant des dossiers.

Il apparaît donc nécessaire que la procédure d'instruction des recours hiérarchiques soit également réaménagée au niveau des services déconcentrés, comme cela a été débattu lors de la réunion du 14 décembre 1998 entre les représentants des services déconcentrés et de la DRT.

S'il demeure indispensable que l'inspecteur du travail continue de faire un rapport sur les motifs qui l'ont conduit à prendre sa décision, en revanche, rien ne s'oppose à ce que puissent être regroupées au sein du même échelon la contre-enquête et la note de synthèse.

(1) Actualisation de la circulaire n°96-11 du 3 décembre 1996 publiée au Droit Ouvrier 1997 p 201.

Il vous appartient donc de déterminer, en fonction de vos moyens et des caractéristiques de votre région, la procédure pertinente, maintien de la procédure actuelle ou désignation d'un échelon, région ou département, qui se verra confier à la fois la contre-enquête et la rédaction de la note de synthèse. La délégation éventuelle de la rédaction de la note de synthèse à l'échelon départemental ne saurait remettre en cause les prérogatives de l'échelon régional tant au niveau de la coordination de l'instruction des recours que des missions d'appui-conseil, d'information et d'animation qui lui sont dévolues.

Vous voudrez bien informer dans les meilleurs délais la sous-direction des droits des salariés de l'aménagement des procédures que vous mettez en place, procédure interne, désignation d'un échelon unique, désignation d'un correspondant en charge des dossiers - pour permettre un traitement des dossiers dans les meilleurs délais possibles. Le maintien des trois échelons ne sera recevable qu'accompagné d'un engagement de respect strict des délais d'instruction.

## II - CONTRE-ENQUÊTE ET NOTE DE SYNTHÈSE

Concernant de manière plus spécifique la contre-enquête et la note de synthèse, il apparaît nécessaire de rappeler plusieurs éléments indispensables pour permettre à la ministre de l'emploi et de la solidarité de se prononcer en toute connaissance de cause sur le recours dont elle est saisie.

C'est la raison pour laquelle il convient en premier lieu d'insister tout particulièrement sur l'audition des parties et sur la rédaction du compte rendu d'audition qui, sans être une transcription littérale, devra néanmoins s'efforcer de rapporter d'une manière exhaustive les informations recueillies et les positions de chacune des parties entendues.

En outre, les informations recueillies doivent systématiquement faire l'objet d'une vérification (ex. date de désignation du délégué syndical, dates des dernières élections).

Enfin, seront transmises toutes les pièces communiquées par les parties lors de l'enquête menée par l'inspecteur ou lors de l'instruction du recours hiérarchique, ainsi que toutes celles que vous jugerez nécessaires pour la prise de décision par la ministre de l'emploi et de la solidarité. Il convient en particulier de transmettre avec la note de synthèse, copie

- de la demande de licenciement;
- des convocations à l'entretien préalable et, le cas échéant, à la réunion du comité d'entreprise ;
- du compte rendu de la réunion du comité d'entreprise.

Une attention particulière doit être apportée aux procédures judiciaires en cours et, le cas échéant, à vérifier les suites qui leur ont été réservées. Outre le principe de l'information de la ministre sur celles-ci, vous veillerez tout spécialement à transmettre copie des éléments que vous détenez concernant les procédures judiciaires en cours.

Vous trouverez ci-après une actualisation des circulaires et lettre citées en référence sous la forme de quatre parties sur les thèmes suivants

- première partie : légalité de la décision administrative ;
- deuxième partie : modification du contrat de travail et changement des conditions de travail ;
- troisième partie : procédure préalable à la saisine de l'administration ;
- quatrième partie : réintégration du salarié protégé.

## PREMIÈRE PARTIE LÉGALITÉ DE LA DÉCISION ADMINISTRATIVE

S'agissant du licenciement des salariés protégés, pour faciliter, d'une part, la prise de décision par l'inspecteur du travail, et, d'autre part, le contrôle de légalité de ladite décision sur recours hiérarchique, il paraît important de rappeler un certain nombre d'éléments sur la motivation de la décision administrative.

### 1. Compétence de l'inspecteur du travail

La compétence de l'inspecteur du travail doit être vérifiée. Le Conseil d'Etat précise que l'établissement pris en compte pour la détermination de la compétence de l'inspecteur du travail doit disposer d'une autonomie suffisante, et n'est donc pas nécessairement celui où le salarié exécute son travail : il convient donc de retenir l'établissement distinct au niveau duquel l'autorité patronale a élaboré ou décidé le licenciement (CE, 2 février 1996, société Suburbaine de canalisations et de grands travaux).

Dans le cas où l'inspecteur du travail compétent pour l'établissement où se gère le contrat de travail est distinct de l'inspecteur du travail compétent pour le lieu où s'exécute ledit contrat, il conviendra qu'une collaboration étroite s'instaure entre les deux inspecteurs. La décision devra obligatoirement émaner de l'inspecteur du travail compétent pour le premier établissement qui statuera le cas échéant au vu des résultats de l'enquête contradictoire qui pourra avoir été effectuée par son collègue.

### 2. Motivation de la décision administrative

En premier lieu, il convient avant tout de veiller à ne pas requalifier la demande et de statuer effectivement sur le motif présenté.

Si une décision refusant le licenciement d'un représentant du personnel peut être fondée sur un motif unique, la décision d'autorisation de licenciement doit quant à elle se prononcer sur l'ensemble des points que l'inspecteur du travail est tenu de contrôler compte tenu du motif présenté à l'appui de la demande d'autorisation de licenciement.

Ainsi, s'agissant du motif économique, la décision d'autorisation devra, en rappelant les éléments de fait et de droit qui ont conduit l'inspecteur du travail à ses conclusions, statuer sur la réalité du motif invoqué, les

efforts de reclassement entrepris et l'absence de lien avec le mandat.

S'agissant du motif personnel disciplinaire, outre l'absence de lien avec le mandat, les faits reprochés au salarié doivent être impérativement rappelés par la décision qui doit par ailleurs être motivée quant aux points de savoir s'ils sont établis et suffisamment graves : qualifier les faits comme le juge judiciaire (motif réel et sérieux, faute grave ou encore faute lourde) impose en effet sur recours hiérarchique une annulation pour erreur de droit.

Si l'inspecteur ne peut se prononcer que sur le caractère suffisamment grave ou non des faits reprochés, pour autant cette appréciation tient compte des règles légales ou conventionnelles : ainsi, le fait d'avoir qualifié des faits commis à l'occasion d'une grève de suffisamment graves implique que le contrôle a été opéré au sens de l'article L. 521-1 du Code du Travail aux termes duquel seule la faute lourde peut être une cause de rupture du contrat de travail dans cette hypothèse.

De même, la faute non liée à l'état de grossesse d'une représentante du personnel qualifiée de suffisamment grave ne pourra que s'entendre au sens de l'article L. 122-25-2 du même code (CE, 6 décembre 1996, Mme Riou).

La décision d'autorisation n'a, par contre, pas à être motivée sur l'absence d'intérêt général, ce dernier étant retenu uniquement en opportunité pour refuser le cas échéant le licenciement. Il est rappelé que l'intérêt général n'a lieu d'être invoqué que lorsque le refus d'autorisation est nécessaire pour rétablir ou maintenir la paix sociale dans l'entreprise ou bien lorsque l'autorisation de licenciement entraînerait la disparition de l'institution représentative du personnel concernée. Il convient en outre de rappeler que le juge contrôle l'existence ou non d'une atteinte excessive aux intérêts de l'entreprise.

L'accord du salarié ne peut par ailleurs conduire à autoriser son licenciement: la décision motivée sur ce point encourt l'annulation (CE, 1<sup>er</sup> février 1995, SA Midica).

### 3. DISPOSITIF DE LA DÉCISION

Par un jugement du 28 décembre 1999, le tribunal administratif de Paris a annulé une décision ministérielle "en tant qu'elle confirme l'annulation par l'inspecteur du travail de la mesure de mise à pied [du salarié protégé]". Le tribunal administratif de Paris a en effet considéré qu'aucune disposition du Code du Travail n'attribue compétence à l'administration pour annuler une mise à pied.

Il ressort de ce jugement que la décision de l'inspecteur du travail doit non pas annuler la mise à pied mais indiquer que celle-ci est "privée de tout effet" conformément aux termes de l'article R. 436-8 du Code du Travail.

### 4. VOIES ET DÉLAIS DE RECOURS

Il convient également de souligner l'importance des voies de recours administratif et contentieux. Dans ce cadre, afin d'éviter tout retard dans la transmission des demandes d'enquête prévues dans le cadre des recours hiérarchiques, je vous rappelle les termes de la circulaire du 8 octobre 1997, à savoir la nécessité d'indi-

quer l'adresse exacte à laquelle il convient impérativement de faire parvenir les recours hiérarchiques :

Ministère de l'emploi et de la solidarité, direction des relations du travail, sous-direction des droits des salariés, 20 bis, rue d'Estrées, 75700 PARIS 07 SP.

Enfin, la preuve de la notification incombe toujours à l'administration lorsqu'elle entend opposer la tardiveté du recours présenté devant la juridiction administrative (CE, 29 juin 1990, SA Creusot Loire Entreprise). Le Conseil d'Etat considère "qu'en l'absence de tout accusé de réception postal", il est impossible d'établir que le destinataire a bien reçu notification de la décision et, par suite, le délai du recours contentieux ne peut être considéré comme étant expiré à la date à laquelle le requérant saisit la juridiction administrative (CE, 16 janvier 1987, SA Desse Frères). En conséquence, si les impératifs budgétaires peuvent conduire à limiter les envois des décisions avec accusé de réception, il convient néanmoins d'être particulièrement attentif à la notification de la décision à la partie à laquelle elle fait grief accompagné d'un accusé de réception postal, l'absence de preuve de réception laissant ouverts les délais de recours tant administratif que contentieux.

## DEUXIÈME PARTIE MODIFICATION DU CONTRAT DE TRAVAIL ET CHANGEMENT DES CONDITIONS DE TRAVAIL

### 1. NOUVEAUX PRINCIPES JURISPRUDENTIELS

Compte tenu de l'évolution de la jurisprudence judiciaire entamée en 1992, il est devenu nécessaire de distinguer, dans la relation de travail, ce qui relève du statut collectif, du contrat de travail individuel ou encore du pouvoir de direction de l'employeur.

A la problématique de la distinction entre modification substantielle, non substantielle (Cass. soc., 25 juin 1992, société des automobiles Grandin c/ Ouaki et société groupe Express c/ Marotta) s'est substituée une approche distinguant la modification du contrat de travail du changement des conditions de travail (Cass. soc., 10 juillet 1996, Vandedonck c/ société GAN-Vie et Le Berre c/ SA Socorem).

Le Conseil d'Etat a progressivement rapproché sa jurisprudence relative à la protection des représentants du personnel de celle de la Cour de cassation en opérant à son tour la distinction modification du contrat de travail, changement des conditions de travail (CE, 10 mars 1997, Vincent ; CE, 18 juin 1997, Union des sociétés mutualistes de Lille ; CE, 27 juin 1997 Valadou). Dans la première espèce, il opposait la modification substantielle aux conditions de travail, terminologie abandonnée dans les deux espèces suivantes où se trouve désormais distinguées la modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail.

La modification du contrat de travail, qu'elle porte sur un élément essentiel ou non de celui-ci, ne peut jamais être imposée au salarié, protégé ou non, en vertu du principe que la force du contrat de travail s'oppose à toute modification unilatérale (Cass. Soc., 5 mars

1997, M. Testa c/ société Sabla) : l'un des deux contractants ne peut ajuster lui-même le contrat à sa convenance même si l'aménagement en cause porte sur des détails.

A l'exception d'une modification du contrat de travail nécessitée par l'absence d'un titre légalement exigé pour exercer un emploi, auquel cas il appartient seulement à l'inspecteur du travail de vérifier la réalité du motif (CE, 19 juin 1996, Société Cannes Balnéaire), le refus d'accepter une modification du contrat de travail, aussi mineure soit-elle, ne peut donc fonder en soi une demande d'autorisation de licenciement.

Saisi d'une demande d'autorisation de licenciement motivée par le refus du salarié protégé d'accepter les nouvelles modalités d'exécution de ses fonctions, l'inspecteur du travail doit apprécier si celles-ci relèvent de la simple exécution du contrat de travail, et donc du changement des conditions de travail ou au contraire de la modification de celui-ci. Il convient de rappeler que pour la Cour de cassation, dans un cas comme dans l'autre, la modification ou le simple changement des conditions de travail ne peut être imposée au salarié protégé.

### 1.1 Le contrat de travail est modifié

Quand le contrat de travail fait l'objet d'une modification, le refus du salarié d'accepter cette modification ne peut selon le juge judiciaire fonder la demande d'autorisation de licenciement (Cass. Soc., 7 juillet 1998, Roi c/ Dorandeu et a.) quel que soit le motif, personnel ou non, à l'origine de la modification proposée. L'employeur qui entend licencier le salarié ayant refusé la modification de son contrat de travail doit fonder sa demande sur les motifs qui l'ont conduit à proposer ladite modification.

Le Conseil d'Etat est plus ambigu dans sa formulation puisqu'il considère qu'un salarié protégé est fondé à refuser une modification de son contrat de travail "sans commettre de faute grave" (cf. Valadou précité).

#### 1.1.1 La modification a pour origine un motif non inhérent à la personne du salarié

Dès lors que la modification du contrat de travail repose sur un motif non inhérent à la personne du salarié, le contrôle opéré s'apparente à celui effectué précédemment dans le cadre d'une modification substantielle ou d'un élément essentiel du contrat de travail à savoir principalement vérification de l'existence d'un motif économique à l'origine de la procédure et des efforts de reclassement entrepris quand la réalité de ce motif est vérifiée.

Cette nouvelle approche conduit à mettre en œuvre le contrôle du motif économique y compris en cas de refus du salarié protégé d'une modification mineure de son contrat de travail. Le motif économique s'entend comme suit :

- difficultés économiques ou financières importantes
- mutations technologiques ;
- réorganisation nécessaire pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise.

A noter que, si l'entreprise appartient à un groupe, l'appréciation du motif économique s'analyse au regard du secteur d'activité auquel appartient l'entreprise (Cass. Soc., 5 avril 1995, société Thomson Tubes

& Display et SA TRW Repa). Il en est de même lorsque l'entreprise appartient à une unité économique et sociale.

#### 1.1.2 La modification a pour origine un motif disciplinaire

Compte tenu des développements précédents, le salarié peut refuser la modification du contrat de travail quand elle est la conséquence d'une sanction disciplinaire, sans que ce refus lui soit imputable à faute et puisse fonder la demande d'autorisation de licenciement. En pareille hypothèse, l'employeur peut engager une procédure de licenciement sur les faits fautifs ayant fondé la modification sanction du contrat de travail, le licenciement se substituant alors à la rétrogradation ou à la mutation disciplinaire initialement envisagée et constituant une sanction aux lieu et place de la sanction refusée (Cass. Soc., 16 juin 1998, hôtel Le Berry).

#### 1.2 Seules les conditions de travail sont modifiées

Le refus par le salarié d'accepter un changement de ses conditions de travail constitue, en principe, une faute d'une gravité suffisante pour justifier le licenciement (cf. arrêt Vincent, 10 mars 1997, précité). Ce principe ne paraît toutefois pas devoir exclure l'examen du contexte dans lequel intervient le changement des conditions de travail imposé par l'employeur au salarié dans l'exercice de son pouvoir de direction.

En effet, la mise en œuvre d'une clause prévue au contrat individuel de travail, qui a des incidences importantes sur les conditions de travail du salarié, est par ailleurs conditionnée par l'intérêt de l'entreprise à y procéder. Il en est par exemple ainsi de la clause de mobilité qui est protégée contre d'éventuels abus de pouvoir (Cass. Soc., 9 mai 1990, GIE Maison du logement c/ Mutel) et qui ne peut non plus méconnaître le droit au respect du libre choix du domicile (Cass. Soc., 12 janvier 1999, Spiders c/ SARL Ovi Pack) ; dans cette dernière espèce, la Cour de Cassation a jugé que l'obligation imposée à un salarié de transférer son domicile personnel et familial au lieu de sa nouvelle affectation devait non seulement être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise mais encore proportionnée, compte tenu de l'emploi et du travail demandé, au but recherché.

En outre, il doit être précisé que le juge administratif autorise l'inspecteur du travail à vérifier que la modification des conditions de travail proposée par l'employeur est compatible avec "les exigences propres à l'exécution normale du mandat" dont est investi le salarié (voir notamment CE, 11, février 1995, Sté Friga bohn ; CE, 10 mars 1997, Vincent et CE, 27 juin 1997, Valadou).

## 2. MODIFICATION DU CONTRAT DE TRAVAIL OU CHANGEMENT DES CONDITIONS DE TRAVAIL : QUELQUES REPÈRES JURISPRUDENTIELS

### 2.1 Relèvent du contrat de travail individuel par nature

La rémunération (Cass. Soc., 20 octobre 1998, Courcelles) même si elle peut également découler de la loi (SMIC, rémunération mensuelle minimum), et du statut collectif ;

Les fonctions du salarié : le salarié n'a pas un droit contractuel au maintien des mêmes tâches, mais à se

voir confier des tâches en rapport avec la qualification au titre de laquelle il a été recruté. Ainsi, le salarié, directeur général et directeur industriel, est en droit de refuser une modification de son contrat de travail limitant ses fonctions à la direction commerciale de l'entreprise et donc assimilable à une rétrogradation (Cass. Soc., 19 mai 1998, société armoricaine d'investissements) ; de même, des tâches de chauffeur ne peuvent être imposées à un salarié engagé en qualité de rippeur (Cass. soc., 26 mai 1998, société SOGEA Languedoc) tandis que l'employeur ne peut dispenser un salarié sans son accord d'accomplir les tâches correspondant à sa qualification (Cass. Soc., 5 mai 1998, AFPA c/ Vintos) ;

La durée du travail : la durée convenue du travail par le contrat ne peut être augmentée ou diminuée unilatéralement (Cass. Soc., 7 juillet 1998, Mme Reboul c/ société Editions Karthala) tandis que pour un contrat souscrit à l'horaire légal, une réduction sans compensation salariale le modifie (Cass. soc., 19 novembre 1997, Société Manoir industries). De même l'employeur ne peut augmenter à 41 heures la durée hebdomadaire fixée à 39 heures par le contrat de travail peu important qu'il l'assortisse d'une augmentation de salaire (Cass. Soc., 20 octobre 1998, Mme Bonimond c/ société La Maille Souple).

### 2.2 Le changement d'horaires de travail

Selon la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, le changement d'horaire de travail, quand il ne met pas en cause la durée totale du travail ainsi qu'il a été rappelé supra, relève du pouvoir de l'employeur et s'impose en principe au salarié. Encore faut-il que le changement en cause ne constitue pas une modification importante des rythmes de travail en vigueur auquel cas le changement d'horaires, par son ampleur, s'analyse en une modification du contrat de travail. Dans ce cas, l'employeur ne peut fonder sa demande d'autorisation de licenciement sur le caractère fautif du refus du salarié. S'il entend rompre la relation contractuelle, il doit justifier sa demande par le motif qui l'a conduit à décider la réorganisation des horaires de travail du salarié.

Cette analyse a été confirmée dans des espèces récentes : l'une où l'employeur proposait une modification des horaires de la salariée afin de s'adapter aux exigences de sa clientèle alors que l'intéressée avait toujours travaillé le matin et avait des raisons personnelles pour ne pas travailler l'après-midi (Cass. Soc., 25 février 1998, SARL Carpip c/ Mme Fabre) ; l'autre où l'employeur avait procédé à une réorganisation complète de la répartition du travail sur la semaine en passant d'un cycle de deux semaines de trois et quatre jours à une semaine de cinq jours avec en outre un service à assurer les samedi et dimanche (Cass. Soc., 10 mai 1999, SA Saison Dorée c/ Latoui et a.).

A l'inverse, il faut également apprécier si l'horaire de travail ne constituait pas un élément déterminant lors de la conclusion du contrat de travail (voir en ce sens, Cass. soc., 4 mai 1993, Mme Pommier c/ SARL parfumerie Sybell). En présence d'une clause prévoyant que les horaires seront fixés par un planning établi par l'employeur, la Cour de cassation a considéré que le passage d'un horaire de nuit à un horaire de jour s'impo-

sait à une salariée compte tenu de la nature de ses fonctions (Cass. Soc., 27 mai 1998, Mme Gilli c/ SA clinique Saint-Augustin).

## 2.3 Le changement de lieu de travail

### 2.3.1 Le contrat de travail comporte une clause de mobilité

La Cour de cassation considère qu'en présence d'une clause de mobilité, le changement de lieu de travail concerne uniquement les conditions de travail et que par conséquent le refus du salarié est fautif (Cass. Soc., 30 septembre 1997, société ONET c/ Mme Nedjar), sauf usage abusif de ladite clause (Cass. Soc., 18 mai 1999, SA Legrand c/ Rochin).

Le juge distingue par ailleurs la modification du lieu d'exécution du contrat de travail du changement d'affectation (Cass. Soc., 27 mai 1998, Mizon c/ Saint-Olive et a.) : seul le changement d'affectation, prévu au contrat et imposant au salarié de déplacer son domicile, s'analyserait en une clause de mobilité.

### 2.3.2 Le contrat de travail ne comporte pas de clause de mobilité

En présence d'une simple référence du contrat au lieu de travail sans clause de mobilité expresse, il s'agit d'une indication à valeur purement informative.

Pour déterminer alors si le contrat individuel se trouve modifié, le juge prend dorénavant en compte la notion de secteur géographique: seul le déplacement du lieu de travail dans un secteur géographiquement différent de celui où le salarié travaillait précédemment affecte le contrat de travail ; de plus, le changement du lieu de travail doit désormais être apprécié en fonction de critères objectifs ce qui revient à écarter les arguments tirés de contraintes personnelles pour apprécier la modification en cause (Cass. Soc., 4 mai 1999, Hczyszyn c/ SA Paul Jacottet).

A titre indicatif, le juge a considéré que le déménagement d'une entreprise à l'intérieur de la région parisienne ne modifiait pas le contrat de travail d'une salariée alors même que son temps de transport quotidien se trouvait considérablement augmenté de vingt minutes à trois heures (Cass. Soc., 20 octobre 1998, Boghossian c/ SA Jelt CM).

Constitue par ailleurs un simple changement des conditions de travail que le salarié ne peut refuser sans commettre une faute, le changement de lieu de travail au sein de la même commune, expressément prévu par le contrat de travail, en dépit d'un allongement du temps de trajet et alors même que le poste de travail proposé offre des conditions de rémunération, d'horaires et de qualification inchangées, les quelques tâches de manutention qu'il pouvaient en l'espèce comporter ne constituant pas une modification du contrat de travail (cf. Valadou précité).

## 2.4. La modification des conditions de rémunération

La partie contractuelle du salaire ne peut être modifiée unilatéralement par l'employeur ni dans sa structure (Cass. Soc., 28 janvier 1998, société Systia informatique c/ Bemard), ni dans son montant (Cass. Soc., 3 mars 1998, B n° 109) même de manière minime (Cass. Soc., 19 mai 1998, M. Di Giovanni c/ Compagnie française des produits naturels).

## TROISIÈME PARTIE PROCÉDURE PRÉALABLE À LA SAISINE DE L'ADMINISTRATION

La procédure préalable à la saisine de l'administration est un élément essentiel de la procédure spéciale de licenciement. Une attention particulière doit donc être portée pour apprécier sa régularité. En effet, une procédure irrégulière conduit nécessairement à refuser le licenciement sollicité.

Il convient cependant de souligner, qu'en dehors de certaines situations tranchées par le Conseil d'Etat (absence d'entretien préalable, restriction portée à la possibilité d'assistance du salarié au cours de cet entretien ...), l'appréciation de la régularité de la procédure relève d'un ensemble d'éléments qui ne peuvent être appréciés qu'en prenant en considération les circonstances particulières de l'espèce.

Les développements qui suivent font le point sur les bénéficiaires de la protection ainsi que sur les moments essentiels de la procédure interne à l'entreprise.

### 1. BÉNÉFICIAIRES DE LA PROTECTION ET SITUATIONS PROTÉGÉES

#### 1.1 Extension des situations protégées

Par quatre arrêts récents, la Cour de Cassation a précisé les conditions de mise en jeu de la procédure spéciale de licenciement.

Par un arrêt Euronetec France du 8 juin 1999, la chambre sociale a étendu aux candidats aux élections professionnelles le bénéfice de la protection spéciale en cas de transfert partiel d'entreprise ou d'établissement. Dans son attendu de principe, la Chambre relève que les candidats étant soumis au même risque de discrimination que les élus, ils doivent bénéficier de la procédure spéciale de licenciement. Par analogie, il apparaît nécessaire d'appliquer cette jurisprudence à la situation des anciens représentants du personnel.

En cas de transfert du contrat de travail en application d'une disposition d'un accord collectif, la Cour de cassation a considéré que le statut protecteur trouvait à s'appliquer. C'est par exemple le cas lors de changement de prestataire de services pour les marchés de la propreté ou de la restauration collective (Cass. Soc., 16 mars 1999, Société Onet propreté et Cass. Soc., 30 mars 1999, SA Abilis). Il appartient donc à l'employeur de saisir l'inspecteur du travail d'une demande de transfert de contrat de travail.

Enfin, la Cour de cassation a étendu le bénéfice de la protection à l'adhésion du salarié protégé à une convention ASFNE (Cass. Soc., 8 juin 1999, SA IBM France). La Cour considère en effet que la protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun instituée au bénéfice des représentants du personnel interdit à l'employeur de poursuivre la rupture du contrat de travail par d'autres moyens. La procédure spéciale trouve donc à s'appliquer même lorsque le salarié a adhéré à une convention signée entre l'Etat et l'entreprise lui assurant une allocation spéciale jusqu'au jour de sa retraite.

#### 1.2 Mandats particuliers

##### 1.2.1 Mandats conventionnels

Le Conseil d'Etat, comme la Cour de cassation, ne reconnaissent le bénéfice de la procédure spéciale

qu'aux membres d'institutions de même nature que les institutions légales.

Ils ont notamment refusé le bénéfice de la procédure spéciale de licenciement à un salarié administrateur d'un fonds d'assurance formation (Cass. Soc., 11 décembre 1993, M. Salgues), à un représentant syndical auprès du CHSCT (Cass. Crim., 4 avril 1991, pourvoi ri, 89-85.536 et Cass. Soc., 20 février 1991, M. Veuillet) ou encore à un élu du personnel chargé de présenter un cahier de réclamations (CE, 29 décembre 1995, ministère du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle c/ Mme Bedda).

Le même raisonnement s'applique aux titulaires de mandats particuliers prévus par les statuts des entreprises ou établissements publics.

##### 1.2.2 Cas des entreprises du secteur public

Lorsque l'entreprise publique est un établissement public industriel et commercial, les dispositions du livre IV du code de travail trouvent normalement à s'appliquer. Les articles L. 421-1 et L. 431-1 prévoient cependant la possibilité d'adapter les institutions représentatives du personnel de droit commun aux contraintes du service public. Les dispositions relatives aux délégués syndicaux s'appliquent quant à elles de droit, sans adaptation.

En l'état actuel du droit, les établissements publics administratifs et les établissements publics mixtes sont exclus du champ d'application du livre IV du Code du Travail. Leur représentation du personnel est organisée par leur statut et, en l'absence d'habilitation législative ou de mandat de même nature qu'un mandat légal, l'inspecteur du travail n'est pas compétent pour connaître du licenciement de ces représentants du personnel.

Par ailleurs, La Poste étant désormais considérée comme un établissement public industriel et commercial (décisions 18824 et 18826 du Conseil d'Etat en date du 13 novembre 1998), le Code du Travail a donc vocation à s'appliquer à ses agents de droit privé. Dans ces conditions, les dispositions du livre IV du Code du Travail sont applicables sauf stipulations contraires du statut (exclusion des règles relatives au comité d'entreprise) et l'inspection du travail est compétente pour intervenir lorsque ces agents sont concernés si leur mandat est un mandat de même nature que ceux prévus par le Code du Travail. Tel n'est pas le cas par exemple des élus aux commissions consultatives paritaires dont le mandat ne peut être assimilé ni au mandat de délégué du personnel ni au mandat de membre du comité d'entreprise.

En outre, une décision du tribunal des conflits en date du 16 juin 1997 rend inapplicable le Code du Travail à la Banque de France en qualifiant cette dernière d'établissement public à caractère administratif. L'inspection du travail n'est donc plus compétente pour connaître du licenciement des salariés protégés de cet établissement.

Enfin, par un arrêt en date du 7 juillet 1999, la Cour de Cassation a décidé que les membres des conseils d'unité créés au sein du Commissariat à l'énergie atomique ne bénéficient pas de la protection spéciale organisée par le Code du Travail. Il apparaît en effet que leur mandat ne peut être assimilé à un mandat légal.

### 1.2.3 Les mandats visés par le code de la sécurité sociale

Il est rappelé que les salariés exerçant les fonctions d'administrateur des organismes du régime général de sécurité sociale bénéficient, en application des dispositions de l'article L. 231-11 du code de la sécurité sociale, d'une protection identique à celle prévue pour les délégués syndicaux à l'article L. 412-18 du Code du Travail.

### 1.2.4 Les salariés mandatés pour négocier la réduction du temps de travail dans l'entreprise

#### 1.2.4.1 Les salariés mandatés sous l'empire de la loi du 13 juin 1998

Les salariés mandatés sous l'empire de la loi du 13 juin 1998 et dont le mandat a pris fin avant le 1<sup>er</sup> février 2000, date d'application de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000, bénéficient d'une protection de six mois à compter de la date à laquelle cette fin de mandat est intervenue.

Les dispositions du III de l'article 3 de la loi du 13 juin 1998 ont été modifiées par le 3° de l'article 23 pour porter de six à douze mois le délai de protection dans le cadre du mandatement lié à l'aide incitative. Il en découle que les salariés mandatés dont le mandat était encore en cours au 1<sup>er</sup> février 2000 voient leur durée de protection portée à douze mois à compter de la date à laquelle leur mandat prend fin.

#### 1.2.4.2 Les salariés mandatés sous l'empire de la loi du 19 janvier 2000

Le salarié mandaté bénéficie de la protection prévue à l'article L. 412-18 du Code du Travail. Comme pour les délégués syndicaux, cette protection est effective dès que l'employeur a connaissance de l'imminence de la désignation. La protection expire douze mois après la date à laquelle le mandat a pris fin.

Trois cas peuvent être distingués :

- aucun accord n'a été conclu. La fin du mandat correspond à la date à laquelle les négociations ont pris fin. Le salarié mandaté sera protégé pendant une période de douze mois courant à compter de cette date
- le mandat débouche sur la conclusion d'un accord et ne comporte aucune précision sur la participation du salarié mandaté au suivi de l'accord. Le salarié mandaté est protégé pendant une période de douze mois courant à compter de la date de signature de l'accord ;
- le mandat débouche sur la conclusion d'un accord et comporte des précisions sur la participation du salarié mandaté au suivi de l'accord. Le salarié mandaté bénéficiera alors de la protection, au titre de son mandat, pendant la période de suivi, laquelle ne peut dépasser douze mois. A l'issue de cette période, ce mandat du salarié ayant pris fin, le salarié bénéficiera de la protection pendant une période de douze mois.

#### 1.2.5. Les gérants non salariés

En vertu de l'article L. 782-7 du Code du Travail, "les gérants non salariés bénéficient de tous les avantages accordés aux salariés par la législation sociale [...]", la Cour de Cassation interprétant cette disposition de façon extensive. Ainsi, elle a considéré que les textes n'excluaient pas la participation des gérants non salariés aux institutions représentatives du personnel (Cass.

Soc., 21 mai 1981, établissements Casino c/M. Bez et autres). Les gérants non salariés doivent être regardés comme pouvant se prévaloir des avantages accordés aux salariés par la législation sociale dont l'article L. 782-7 précité ne donne pas une énumération limitative. Sur la compétence de l'administration pour connaître de toute demande d'autorisation de licenciement concernant un gérant non salarié, le tribunal administratif de Paris a admis sa compétence en statuant au fond dans un recours déposé à l'encontre d'un refus d'autorisation de licenciement d'un gérant non salarié titulaire de plusieurs mandats représentatifs (TA Paris, 26 mai 1998, Sté Nicolas c/M. Laneele).

## 2. L'ENTRETIEN PRÉALABLE

### 2.1 Délai entre la connaissance des faits fautifs et la convocation à l'entretien préalable

En application des dispositions de l'article L. 122-44 du Code du Travail, l'employeur doit convoquer le salarié à l'entretien préalable dans les deux mois suivant la connaissance des faits fautifs reprochés à ce dernier.

### 2.2 Convocation à l'entretien préalable

Le salarié doit être en mesure de savoir d'une part où et quand il est convoqué, d'autre part le motif pour lequel il est convoqué, et enfin les droits dont il dispose afin d'assurer sa défense.

A cet effet, la convocation à l'entretien préalable doit donc impérativement indiquer :

- la date, l'heure et le lieu de l'entretien préalable ;
- la possibilité pour le salarié de se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise (Cass. Soc., 9 février 1977, Girard c/Auer et CE, 19 décembre 1984, Société Mapac) ou, en l'absence d'institutions représentatives du personnel, par un conseiller du salarié (Cass. Soc., 19 juillet 1995, Lattoni c/Mme Boiraux). L'omission de cette mention entache la procédure d'une irrégularité substantielle, qui doit amener l'autorité administrative à rejeter la demande d'autorisation de licenciement qui lui est soumise. Il en va de même de toute restriction portée à ce droit par l'employeur, par exemple lorsqu'une liste de personnes est proposée au salarié (CE, 12 octobre 1990, Société Sarreguemines Bâtiment et CA de Poitiers, 6 janvier 1993, Berthome c/SA Remaud) ;
- le fait que la sanction envisagée peut être le licenciement. Cette mention est substantielle et son absence doit amener l'autorité administrative à rejeter la demande d'autorisation de licenciement qui lui est soumise (CE, 12 octobre 1990, Démoléon), mais l'employeur n'a aucune obligation d'indiquer le motif du licenciement (Cass. Soc., 17 décembre 1992, Mme Joussin c/Société Chabanne).

### 2.3 Délai entre la convocation et l'entretien préalable

Le salarié doit disposer d'un délai suffisant entre la convocation et la tenue de l'entretien préalable, afin de pouvoir organiser sa défense. Le non-respect de ce délai doit amener l'autorité administrative à rejeter la demande d'autorisation de licenciement qui lui est soumise.

Si, en vertu des dispositions de l'article L. 122-14 du Code du Travail, le délai minimum est fixé à cinq jours ouvrables en l'absence d'institutions représentatives du

personnel dans l'entreprise, aucun délai n'est fixé lorsque des institutions représentatives du personnel sont présentes. C'est le juge qui a été amené à préciser ce point :

- un délai de deux jours ouvrables semble être le minimum nécessaire pour permettre au salarié de préparer sa défense (Cass. Soc., 30 janvier 1991, Barrai c/CRAM et TA d'Amiens, 25 mai 1994, Serain) ;
- au contraire, un délai inférieur à deux jours entache la procédure d'une irrégularité substantielle, comme dans le cas de la réception de la convocation le jour même de l'entretien préalable (Cass. Soc., 13 juin 1991, Mullimart c/société Goiot Zise), trois quarts d'heure avant l'entretien préalable (Cass. Soc., 12 décembre 1983, Bareille c/Liboire), ou même la veille dans l'après-midi alors que l'entretien préalable est prévu dans la matinée (CE, 29 novembre 1993, société SGEC Armatures).

## 2.4 Déroulement de l'entretien préalable

### 2.4.1 Généralités

L'entretien préalable doit permettre aux deux parties d'exposer et de confronter leurs positions. L'employeur, ou son représentant, peut se faire assister par une ou deux personnes de son choix (Cass. Soc., 20 juin 1990, M. Petit c/société Nouveau Courrier de Presse) (2).

Cependant, cette présence extérieure ne doit pas transformer l'entretien préalable en enquête. Si, du fait de cette présence, celui-ci n'a pu valablement assurer sa défense, la procédure doit être considérée comme étant entachée d'une irrégularité substantielle (Cass. Soc., 10 janvier 1991, Takekart c/société les Beurres Premiers).

L'employeur ne peut organiser un seul entretien préalable commun à plusieurs salariés.

Enfin, il y a lieu de retenir que le compte-rendu qui peut être rédigé par la personne assistant le salarié lors de l'entretien préalable revêt la même valeur juridique que les autres témoignages recueillis par l'inspecteur du travail au cours de son enquête.

### 2.4.2 Entretien préalable et licenciement pour motif économique

Par un arrêt Chelminiak c/SNC Soula en date du 10 mai 1999, la chambre sociale de la Cour de Cassation a décidé que l'entretien préalable devait toujours précéder la consultation du comité d'entreprise. L'entretien préalable s'impose donc même en cas de licenciements de plus de dix salariés.

Il y a lieu de tirer les conséquences de cette jurisprudence. En application de l'article R. 436-2 du Code du Travail, l'entretien préalable doit être organisé à l'issue de la procédure de consultation du comité d'entreprise sur le projet de licenciement collectif.

Par ailleurs, la rédaction des articles fondant la position de la Cour de Cassation (notamment celle de l'article R. 436-1 du Code du Travail) conduit à exiger la tenue d'un entretien préalable avant la saisine de l'inspecteur du travail lorsqu'il n'existe pas de comité d'entreprise.

Cependant, l'article R. 436-1 se référant aux seuls articles L. 425-1 et L. 436-1 du Code du Travail, la tenue de l'entretien préalable en cas de procédure de grands licenciements n'est exigée que pour les représentants du personnel pour lesquels le comité doit être consulté. Les délégués syndicaux, et les titulaires de mandats dont la protection est alignée sur celle des délégués syndicaux, ne sont donc pas concernés par cette jurisprudence.

## 3. LA CONSULTATION DU COMITÉ D'ENTREPRISE

### 3.1 Convocation du comité d'entreprise

#### 3.1.1 Moment de la convocation du comité d'entreprise

Le comité d'entreprise ne devrait être convoqué qu'une fois manifestée la volonté de l'employeur de poursuivre la procédure après la tenue de l'entretien préalable. A ce titre, il conviendrait que la convocation du comité d'entreprise soit postérieure à l'entretien préalable.

Cependant, en l'absence de toute jurisprudence claire en la matière, rien n'interdit à l'employeur d'envoyer la convocation du comité d'entreprise avant la tenue de l'entretien préalable. En effet, s'il renonce à poursuivre plus avant la procédure au vu des explications données par le salarié lors de l'entretien préalable, il peut annuler la réunion du comité d'entreprise qu'il a convoquée précédemment.

#### 3.1.2 Convocation de toutes les parties

L'employeur doit régulièrement convoquer toutes les parties dont la présence est nécessaire à la tenue régulière de la réunion au cours de laquelle le comité d'entreprise émettra un avis sur le projet de licenciement qui lui est soumis. Ainsi, l'absence de convocation du salarié concerné, s'il n'a pas en définitive été entendu par le comité d'entreprise, doit amener impérativement l'autorité administrative à refuser l'autorisation de licenciement (CE, 18 octobre 1991, Kaba). A contrario, il convient donc de considérer que, si le salarié a quand même été entendu par le comité, l'absence de convocation le concernant n'entache la procédure d'aucune irrégularité substantielle.

Les membres titulaires et suppléants du CE, ainsi que les représentants syndicaux au comité d'entreprise doivent être convoqués. Si l'absence de convocation des titulaires constitue en tout état de cause un vice substantiel de procédure qui doit amener l'autorité administrative à refuser d'accorder l'autorisation de licenciement sollicitée, la non-convocation des suppléants et des représentants syndicaux au comité ne constitue un vice substantiel que si elle entraîne l'absence de ces représentants à la réunion (CE, 24 mai 1991, UD des sociétés mutualistes de la Gironde).

#### 3.1.3 Contenu de la convocation

Le contenu de la convocation du comité d'entreprise doit permettre à ses membres de préparer la réunion. L'ordre du jour doit donc indiquer :

- le nom du salarié concerné par la procédure ;

(2) NDLR. Sur ce point la circulaire dénature l'arrêt du 20 juin 1990. En effet, la cour de cassation a dit précisément : "lors de l'entretien préalable, l'employeur ne peut se faire assister que par une personne appartenant à l'entreprise".

Autrement dit, la liberté de choix de l'employeur connaît des limites. Ce choix ne pourra porter sur des personnes extérieures à l'entreprise (N.D.L.R.).

- l'objet de la réunion: la consultation sur le projet de licenciement ;
- les mandats du salarié. L'omission de l'un des mandats du salarié constitue une irrégularité substantielle, qui doit amener l'autorité administrative à rejeter la demande d'autorisation, sauf s'il apparaît que, malgré cette omission, les membres du comité ne pouvaient ignorer l'existence de ce mandat (CE, 2 octobre 1991, ministre du travail c/Tellez).

### **3.1.4 Comité d'entreprise compétent pour se prononcer**

L'employeur doit solliciter l'avis du comité d'entreprise compétent, à savoir celui dans lequel le salarié est employé. Dans le cas d'une entreprise ayant plusieurs établissements dotés de leur propre comité d'établissement, ou si le salarié travaille dans plusieurs établissements qui ont chacun leur propre comité d'établissement le comité compétent est celui où le salarié est occupé à titre principal (CE, 3 octobre 1994, Tournant).

En cas de fermeture d'un établissement, et l'absence d'un accord entre l'employeur et les organisations syndicales ou d'une décision du DDTEFP, le comité d'entreprise, bien qu'appelé à disparaître, reste compétent (CE, 18 janvier 1991, Gornet). Il en va de même dans le cas de la disparition du comité d'entreprise.

### **3.2. Délai entre l'engagement de la procédure et la réunion du comité d'entreprise**

En cas de mise à pied à titre conservatoire du salarié, il importe que ce dernier soit fixé le plus rapidement possible sur le sort qui lui sera réservé. Ainsi, le comité d'entreprise doit être consulté dans les dix jours à compter de la notification de la mise à pied.

Cependant, un léger dépassement de ce délai, quatorze jours par exemple, ne constitue pas une irrégularité substantielle (CE, 2 juin 1993, Sawadogo)

### **3.3. Délai entre l'entretien préalable et la réunion du comité d'entreprise**

Le délai entre la tenue de l'entretien préalable et la réunion du comité d'entreprise doit être suffisant afin que le salarié puisse préparer son audition.

Si le salarié n'a pas eu de délai de réflexion suffisant, la procédure doit être considérée comme étant irrégulière, comme dans le cas d'un entretien préalable et d'une audition devant le comité d'entreprise tenus le même jour, dans des lieux distants de plus de 150 km (CE, 10 juin 1986, Casadéi).

En revanche, dès lors que le salarié a eu connaissance des motifs du projet de licenciement quinze jours auparavant dans la lettre de mise à pied, l'employeur ne commet pas d'irrégularité en convoquant le salarié le jour même de la réunion du comité d'entreprise.

### **3.4 Délai entre la convocation et la réunion du comité d'entreprise**

Le comité d'entreprise doit disposer d'un délai suffisant pour, au vu du dossier qui lui a été transmis, préparer la réunion et se prononcer en parfaite connaissance de cause.

Ainsi, il ressort des dispositions de l'article L. 434-3 du Code du Travail que l'ordre du jour de la réunion doit être communiqué aux membres du comité d'entreprise trois jours au moins avant la séance.

Cependant, la méconnaissance de ce délai ne constitue une irrégularité substantielle de procédure que si le comité n'a pas pu donner son avis en connaissance de cause.

## **3.5 Consultation du comité d'entreprise**

### **3.5.1 Le comité d'entreprise doit être consulté après l'entretien préalable et avant la demande d'autorisation**

Faute de quoi la procédure doit être considérée comme étant irrégulière.

### **3.5.2 L'employeur est tenu d'informer les membres du comité d'entreprise des motifs du projet de licenciement**

Le comité d'entreprise doit donner son avis en connaissance de cause. Si les explications de l'employeur doivent être précises et complètes, il n'est pas nécessaire de fournir à chaque membre du comité un dossier sur le licenciement (CE, 16 mars 1990, Comatec).

### **3.5.3 Le motif présenté au comité d'entreprise doit correspondre à celui invoqué lors de l'entretien préalable**

Ainsi, l'inspecteur du travail ne peut fonder sa décision, pour autoriser le licenciement, sur un motif qui n'a été invoqué qu'accessoirement et seulement lors de la réunion du comité d'entreprise (CE, 28 février 1992, Tachet). De même, l'employeur ne peut invoquer une faute qui n'a pas été mentionnée lors de l'audition du salarié devant le comité d'entreprise (CE, 2 février 1996, Mmes Rossignol et Bruley).

### **3.5.4. L'audition du salarié devant le comité d'entreprise est une formalité substantielle**

Cependant, seule une absence d'audition imputable à l'employeur constitue une irrégularité substantielle (CE, 29 juin 1990, SA Maris et CE, 16 mars 1990, Comatec).

En l'absence d'audition du salarié, dès lors que la demande a été déposée auprès de l'autorité administrative, la procédure ne peut plus être régularisée par une nouvelle consultation du comité d'entreprise (CE, 29 juin 1990, SA Maris). L'inspecteur du travail est tenu de rejeter la demande d'autorisation de licenciement qui lui est soumise, même si le comité a été consulté une nouvelle fois, dans des conditions régulières. L'employeur doit saisir à nouveau le comité d'entreprise puis présenter une nouvelle demande d'autorisation de licenciement. En revanche, si la nouvelle demande est présentée dans un délai bref et pour le même motif, l'employeur n'est pas tenu de convoquer le salarié à un nouvel entretien préalable (CE, 13 novembre 1991, Lasala).

Il doit être précisé que "dans les entreprises de moins de trois cents salariés et dans les établissements appartenant à ces entreprises, le délégué syndical est, de droit, représentant syndical au comité d'entreprise ou d'établissement" (art. 412-17 du Code du Travail) et qu'à ce titre la consultation de l'instance représentative est requise pour toute mesure le concernant exigeant la mise en œuvre de la procédure spécifique.

### **3.5.5 Le comité d'entreprise doit se prononcer en parfaite connaissance de l'ensemble des mandats détenus par le salarié**

Ainsi, si le salarié obtient un nouveau mandat entre le moment où le comité est consulté et le moment où l'inspecteur du travail prend sa décision, l'employeur doit convoquer à nouveau le comité (CE, 11 avril 1986, société Comutec). Cependant, une nouvelle consultation ne s'impose pas si le salarié se porte candidat ou est réélu dans un mandat de même nature que celui qu'il détenait lors de l'engagement de la procédure.

### **3.5.6 Le vote du comité d'entreprise doit être sincère**

Aucune pression de l'employeur sur le sens du vote du comité d'entreprise n'étant admise, celui-ci ne peut donc procéder à plusieurs votes successifs (CE, 1<sup>er</sup> février 1995, Mme Coulibaly).

Les membres suppléants ne participent au vote qu'en cas d'absence des titulaires. L'employeur ne doit pas participer au vote. Cependant, dans le cas contraire, la procédure n'est entachée d'un vice substantiel que si sa participation a changé le sens du vote (CE, 31 octobre 1990, SARL Escobois). A contrario, il y a donc lieu de considérer que la procédure n'est entachée d'aucune irrégularité substantielle si le vote de l'employeur n'a pas suffi à modifier le sens du vote.

Si plusieurs salariés sont concernés par la mesure de licenciement, un vote distinct doit être organisé pour chacun d'entre eux (CE, 2 février 1996, M. Comut et autres).

### **3.5.7 Le vote du comité d'entreprise doit être secret**

Le vote doit donc se faire à bulletins secrets. Cependant, si l'absence de vote à bulletins secrets n'a pas eu d'influence sur le sens du vote, en cas d'avis défavorable à l'unanimité par exemple, il y a lieu de considérer que la procédure n'est entachée d'aucune irrégularité substantielle (CE, 22 mars 1991, SA Gedial).

### **3.5.8. L'avis du comité d'entreprise doit être émis à la majorité de ses membres**

En cas de partage égal des voix, l'avis doit être considéré comme étant négatif (Cass. Soc., 17 novembre 1983, Société les Magasins de la Corrèze c/Mme Chabrier).

Seul un défaut d'avis imputable à l'employeur doit être considéré comme un vice substantiel de procédure. A contrario, lorsque les représentants du personnel refusent de prendre part au vote, il n'y a lieu de retenir l'existence d'aucune irrégularité substantielle de procédure (CE, 21 mars 1984, société LMT).

L'avis émis par un comité d'entreprise sur le licenciement d'un salarié protégé ne peut être remis en cause par l'annulation postérieure des élections de ce comité (CE, 21 décembre 1994, M. Huard de Jorna).

### **3.6 Délai entre la délibération du comité d'entreprise et la saisine de l'autorité administrative**

Un délai excessif entre la délibération du comité d'entreprise et la demande d'autorisation de licenciement entache la procédure d'une irrégularité substantielle (CE, 13 novembre 1991, Compagnie commerciale des Antilles françaises Frantz Fanon).

## **QUATRIÈME PARTIE RÉINTÉGRATION DU SALARIÉ PROTÉGÉ**

Le droit à réintégration à la suite de l'annulation sur recours hiérarchique ou contentieux de la décision administrative autorisant le licenciement du salarié protégé ne se trouve pas ouvert au salarié pour lequel ladite décision a fait l'objet d'un retrait par son auteur : le juge judiciaire fait en effet une lecture littérale de l'article L. 436-3 du Code du Travail (Cass. Soc., 12 février 1991, société Transcap).

Par contre, l'annulation d'une décision de l'inspecteur du travail se déclarant incompétent pour statuer sur une demande d'autorisation de licenciement au motif que le salarié n'est pas ou n'est plus protégé a les mêmes effets et ouvre également droit à réintégration (Cass. Soc., 10 mars 1998, Comité mosellan de sauvegarde de l'enfance, de l'adolescence et des adultes).

### **1. LES CONDITIONS DE LA RÉINTÉGRATION**

Selon une jurisprudence constante, la réintégration du salarié se fait sur son emploi ou, si ce dernier n'existe plus ou n'est pas vacant, sur un emploi équivalent comportant le même niveau de rémunération, la même qualification et les mêmes perspectives de carrière que l'emploi initial et permettant l'exercice du mandat représentatif.

Il appartient en tout état de cause à l'employeur d'apporter la preuve que l'emploi initial n'existe plus ou n'est pas vacant : ainsi la Cour de cassation a pu juger que dès l'instant que le travail qu'il accomplissait existait toujours, le salarié doit retrouver son poste peu important que l'employeur ait entendu supprimer ce poste pour occuper les fonctions lui-même (Cass. Soc., 18 novembre 1998, David c/société groupe Casino).

En l'absence de poste équivalent au sein de l'entreprise, la recherche devra s'effectuer au niveau du groupe.

Lorsque la réintégration d'un salarié protégé a été ordonnée par décision de justice, l'employeur ne peut sans faire obstacle à l'exécution de cette décision, mettre à pied l'intéressé dans l'attente d'un nouveau licenciement ; le salarié doit être maintenu dans son emploi et percevoir son salaire (Cass. Soc., 18 décembre 1991, S.A. Comatec c/Djouhar).

### **2. CAS DU SALARIÉ PROTÉGÉ LICENCIÉ IRRÉGULIÈREMENT**

Le salarié protégé dont le licenciement a été prononcé en méconnaissance de la procédure protectrice est nul et ouvre droit à réintégration si le salarié l'a demandé (Cass. Soc., 24 juin 1998, Vanderghote/société Entrepose Montalev).

Si la demande de réintégration à la suite de l'annulation d'une décision d'autorisation doit intervenir dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision d'annulation, en cas de licenciement irrégulier, la demande de réintégration et d'indemnisation formée par le salarié n'est alors soumise à aucun délai (Cass. Soc., 26 février 1992, M'Chiri).

Toutefois, le droit à réintégration est définitivement éteint par la transaction conclue entre l'employeur et le salarié irrégulièrement licencié puisque l'objet de celle-ci est de réparer à la fois les conséquences du licenciement et celles de son irrégularité (Cass. crim., 3 mai 1994, Lesprit).