

SALARIÉS PROTÉGÉS. Dans trois décisions du 20 mars 2009, relatives à la procédure de licenciement des salariés protégés, le Conseil d'État fait le choix de la rigueur au service de la sécurité juridique.

Précisions et confirmation sur la procédure de licenciement

Xavier Magina, juriste en droit social

Dans les trois affaires suivantes qui lui étaient soumises, le Conseil d'État a opté, le 20 mars 2009, pour la solution la plus rigoureuse. Il est permis de penser que la Haute juridiction n'a pas ainsi sacrifié au culte de la rigueur mais a choisi

les options qui, par leur clarté, sont de nature à être facilement comprises et respectées par tous les acteurs « en amont » du contentieux. L'objectif poursuivi est d'éviter les nids à contentieux et les décisions en sens contraire de l'administration et du juge

sur des questions de forme afin que puissent être tranchées par les juridictions les questions qui sont au cœur de la protection : le bien-fondé du licenciement et son éventuel caractère discriminatoire. Sécurité juridique et rigueur marchent ainsi de conserve. ■

LA MÉCONNAISSANCE DU DÉLAI MINIMAL DE 5 JOURS ENTRE LA CONVOCATION À L'ENTRETIEN PRÉALABLE ET L'ENTRETIEN

► La question posée

La première affaire (*CE, 20 mars 2009, n° 312.258, SA Armor; à mentionner aux Tables*) posait la question de l'incidence sur la légalité d'une autorisation de licenciement du non-respect du délai fixé par l'article L. 1232-2 du Code du travail entre la réception ou la remise en mains propres de la convocation à l'entretien préalable et l'entretien. Ce délai est un délai minimum¹.

La question était inédite et elle présente un intérêt évident dès lors qu'il résulte tant de la jurisprudence de la Cour de cassation (*Cass. soc., 10 mai 1999, n° 97-40.510, Bull. civ. V, n° 207*) que du Conseil d'État (*CE, 28 sept. 2005, n° 266.023, Sté Soinne et associés, rec. p. 397*) que, dans tous les cas, l'employeur, s'agissant des salariés protégés, est tenu de procéder à un entretien préalable, y compris lorsque le droit commun n'impose pas cet entretien pour les salariés non protégés².

► L'alternative était la suivante pour le Conseil d'État

– soit considérer que la méconnaissance de ce délai n'entache pas nécessairement d'irrégularité la procédure et laisser au juge du fond le soin d'apprécier si le salarié a été concrètement privé de la possibilité de présenter une défense utile ;
– soit, au contraire, juger que le non-respect du délai vicie nécessairement la procédure et, par voie de conséquence, entache d'illégalité l'autorisation de licenciement.

Plaidaient pour la première solution :

– la jurisprudence dégagée par le Conseil d'État sous l'empire des dispositions antérieures à l'ordonnance du 24 juin 2004 et qui ne prévoyait aucun délai pour les entreprises disposant d'une représentation du personnel : il avait été jugé qu'il appartenait à l'employeur d'offrir au salarié la faculté de présenter utilement ses observations lors de l'entretien et de disposer à cet effet d'un délai suffisant, le juge vérifiant si tel était le cas (*CE, 29 nov. 1993, n° 110.729, Sté SGCEC Armatures, Tables p. 1067*) ;

– la jurisprudence générale selon laquelle, sauf disposition expresse, la méconnaissance d'un délai, qui n'est pas prescrit à peine de nullité, ne vicie pas automatiquement la procédure, le juge du fond devant apprécier les incidences concrètes pour le salarié du non-respect du délai (*CE, 23 août 2006, n° 278.221, Lycée agricole privé Tricastin Baronnie*).

► La solution retenue

Le Conseil d'État a écarté cette solution en affirmant clairement que le non-respect du délai de cinq jours vicie la procédure et entache dès lors d'illégalité l'autorisation. On peut penser que les considérations suivantes ont été déterminantes :

• Premièrement, le délai en cause est fixé par la loi et non par un décret. Il n'a pas fait l'objet, lors de l'opération de recodification, d'un déclassement de la partie législative à la partie réglementaire du Code du travail : il se rattache donc aux principes fondamentaux du droit du travail au sens de l'article 34 de la Constitution, étant indissociable d'une « *garantie fondamentale* » accordée au salarié.

• Deuxièmement, la chambre sociale a jugé que les dispositions instituant ce délai sont d'ordre public (*Cass. soc., 28 juin 2005, n° 02-47.128, Bull. civ. V, n° 215, commenté au rapport annuel*).

• Troisièmement, dès lors que l'autorisation de licenciement fait obstacle à ce que le juge judiciaire puisse apprécier la régularité de la procédure préalable à la saisine de l'administration (*Cass. soc., 13 juill. 2004, n° 02-43.538, Bull. civ. V, n° 211*), le salarié protégé, licencié alors même que le délai n'a pas été respecté, n'aurait pu prétendre à la réparation du préjudice subi.

• Enfin, de manière plus générale, le Conseil d'État juge comme substantielle une formalité constituant une garantie pour les intéressés (*CE, 10 juill. 1964, n° 56.688, Compagnie française des conduites d'eau, rec. p. 396*). Ainsi, a été jugé comme sub- ●●●

1. Alors même que le délai a été respecté, la procédure peut être jugée irrégulière s'il n'a pas permis au salarié d'organiser sa défense (*Cass. soc., 13 déc. 2000, n° 98-43.809 : le salarié avait reçu sa convocation pendant qu'il était en congé*).

2. L'entretien préalable n'est pas obligatoire quand le projet de licenciement s'inscrit dans le cadre d'un licenciement collectif d'au moins neuf salariés dans une entreprise disposant de représentants du personnel (*C. trav., art. L. 1233-11 et L. 1233-38*).

●●● stantiel le délai de quinze jours entre la convocation du fonctionnaire devant le conseil de discipline et la date de la réunion de cette instance (CE, section, 1^{er} mars 1996, n° 146.854, *Reynes, Tables p. 988*).

On pourrait estimer que le salarié protégé bénéficie ainsi d'un traitement par trop favorable par rapport au salarié non protégé. Mais cette différence de traitement résulte de ce que les « logiciens » du juge judiciaire et du juge administratif sont eux-mêmes différents :

– le juge judiciaire peut, en vertu des dispositions du Code du travail, à la fois reconnaître que la procédure a été irrégulière et considérer que le licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse³;

– pour l'administration et le juge administratif, l'autorisation de licenciement ne peut être accordée si la procédure est jugée irrégulière.

Par ailleurs, il convient de souligner que si l'administration doit donc refuser d'accorder l'autorisation demandée lorsque le délai de cinq jours n'a pas été respecté⁴, ce refus ne fait pas obstacle à ce que l'employeur reprenne la procédure et saisisse à nouveau l'administration. S'agissant du licenciement pour motif disciplinaire, la procédure peut être reprise dès lors que l'engagement des poursuites a eu lieu dans le délai de deux mois à compter de la date à laquelle l'employeur a eu connaissance des faits (C. trav., art. L. 1332-4 ; ancien L. 122-44).

3. Sur les règles d'indemnisation des irrégularités de procédure, v. J.-Y. Frouin, « Le régime des sanctions indemnitaires », *Semaine sociale Lamy*, n° 1109.

4. Les règles selon lesquelles le juge administratif apprécie le respect de ce délai sont celles dégagées par la chambre sociale : le jour de remise de la lettre de convocation n'est pas pris en compte (Cass. soc., 9 juin 1999, n° 97-41.349, Bull. civ. V, n° 273) ainsi que le dimanche (Cass. soc., 20 déc. 2006, n° 04-47.853, Bull. civ. V, n° 396).

▶ Extrait de la décision

« Considérant qu'aux termes de l'article L. 122-14 du Code du travail, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 24 juin 2004 :
« L'employeur ou son représentant qui envisage de licencier un salarié doit, avant toute décision, convoquer l'intéressé par lettre recommandée ou par lettre remise en main propre contre décharge en lui indiquant l'objet de la convocation. L'entretien préalable ne peut avoir lieu moins de cinq jours ouvrables après la présentation de la lettre recommandée ou la remise en main propre de la lettre de convocation [...] » ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que la lettre de la SOCIÉTÉ ARMOR convoquant M. P. à l'entretien préalable lui a été notifiée le vendredi 1^{er} juillet 2005 en vue d'un entretien fixé au mercredi 6 juillet, soit moins de cinq jours ouvrables avant l'entretien ; qu'ainsi, c'est sans commettre ni erreur de droit ni erreur de fait que la cour administrative d'appel de Nantes a jugé que le ministre avait pu rejeter le recours hiérarchique de la société, en se fondant sur la circonstance que le délai prescrit n'avait pas été respecté ».

▶ CE, 20 mars 2009, n° 312.258

L'EXIGENCE DE L'ÉNONCÉ DES MOTIFS DANS LA DEMANDE D'AUTORISATION DE LICENCIEMENT

▶ La question posée

Dans la deuxième affaire dont il était saisi (CE, 20 mars 2009, n° 308.346, SA *Le Vigilant HERMES PROTECTION*, à mentionner aux Tables), le Conseil d'État devait trancher la question de la possibilité pour l'employeur de motiver sa demande par référence à des documents joints à celle-ci.

Étaient en cause les dispositions applicables en Nouvelle-Calédonie¹ mais rédigées dans des termes identiques à celles de l'article R. 2421-10 du Code du travail qui précise que « la demande [d'autorisation de licenciement] énonce les motifs du licenciement envisagé ».

En l'espèce, la demande présentée par l'employeur ne comportait pas le moindre énoncé des motifs du licenciement et renvoyait aux documents suivants :

– la lettre de convocation à l'entretien préalable, laquelle ne comportait l'énoncé d'aucun motif ;
– le procès-verbal du comité d'entreprise, et ses pièces jointes : ce procès-verbal présentait comme motif du licenciement : « la participation personnelle, active, motrice et déterminante à un mouvement de grève illicite ayant eu pour effet de porter atteinte à diverses libertés » ;

– « les pièces justificatives qui ont motivé le projet de licenciement » à savoir le jugement du tribunal de première instance de Nouméa et un procès-verbal de constat établi par un huissier.

L'autorité administrative avait refusé d'accorder l'autorisation au motif, notamment, que la demande n'était pas motivée et la cour administrative d'appel de Paris a confirmé cette position.

1. Délib. n°49/CP, 10 mai 1989 relative aux groupements professionnels et à la représentation des salariés, art. 160 adopté par le congrès de Nouvelle-Calédonie en application de l'ordonnance n° 85-1181 du 13 novembre 1985 traitant des principes directeurs du droit du travail en Nouvelle-Calédonie.

► La solution possible

Les avantages d'une solution peu formaliste étaient assez évidents, d'autant que le Conseil d'État admet, sous certaines conditions, la motivation par référence (*CE, 9 févr. 1979, n° 06.612, ministre du Travail c/Verger-Pratoucy, aux tables p. 598 ; CE, 28 déc. 1987, n° 65.365, Loyer, rec. p. 419 ; CE, 14 oct. 1996, n° 146.907, Figuet, aux Tables p. 683*) et que la chambre sociale admet la validité d'une lettre de licenciement qui se réfère à un document joint à cette lettre et visé par celle-ci dès lors qu'il comporte lui-même l'énoncé des motifs du licenciement (*Cass. soc., 18 nov. 1998, n° 96-43.892 ; Cass. soc., 12 oct. 2000, n° 98-43.456 ; Cass. soc. 10 oct. 2000, n° 98-40.496 ; Cass. soc., 11 juill. 2002, n° 00-43.745*). Ce document peut être la lettre de convocation à l'entretien préalable comportant l'énonciation des motifs (*Cass. soc., 10 oct. 2000, n° 98-40.496*).

► La solution retenue

Les considérations suivantes ont pu être déterminantes en faveur de la confirmation de la position de l'administration et de la Cour :

- En premier lieu, selon sa jurisprudence applicable dans la fonction publique, le fonctionnaire doit connaître les motifs de la sanction prononcée à son égard à la seule lecture de la décision qui lui est notifiée et tel n'est pas le cas lorsque la décision ne comporte aucun motif et se borne à renvoyer à l'avis, même conforme, d'un organisme consultatif (*CE, section, 28 mai 1965, n° 58.411, Mlle Riffault, rec. p. 315*)².

- En deuxième lieu, si, en l'espèce, la demande se réfère à l'énoncé général du grief consigné dans le procès-verbal de la réunion du comité d'entreprise, l'employeur n'est pas lié par les motifs avancés devant cette instance et peut décider, au vu des débats et des explications présentées par le salarié, de renoncer à certains griefs. Postérieurement à la consultation du comité d'entreprise, l'employeur doit, dans sa demande, confirmer qu'il se réapproprie les motifs avancés devant le comité et ne peut se contenter d'y renvoyer.

- En dernier lieu, les motifs énoncés dans la demande cristallisent la procédure à un double titre :

- d'abord en ce qui concerne la qualification du licenciement lui-même ;

- ensuite, s'agissant des faits avancés à l'appui de sa demande.

Le choix initial opéré par l'employeur est déterminant. En effet, selon la jurisprudence, l'inspecteur du travail n'a pas le pouvoir de modifier de son propre chef le terrain de la demande d'autorisation : il est tenu par la qualification choisie et ne peut se fonder sur un motif de nature différente de celui énoncé dans la demande (*CE, 17 févr. 1992, n° 82366, Association Le Willerhof*). Ainsi, il ne peut, sans commettre d'erreur de droit, autoriser pour motif économique une demande qui n'invoque aucun motif économique (*CE, 24 nov. 1992, n° 31.738, SA Mécanique et conceptions industrielles modernes*) ou qui a été présentée sur le terrain disciplinaire (*CE, 6 mai 1996, Caisse d'épargne d'Alsace, n° 153102*). Inversement, si elle est saisie sur le terrain économique, l'autorité administrative ne peut pas autoriser le licenciement pour un motif disciplinaire même si l'employeur aurait pu l'invoquer à bon droit (*CE, 21 déc. 2001, n° 215.185, Prieto, aux Tables p. 1215*).

S'agissant des faits eux-mêmes, leur énonciation claire et précise est nécessaire. À défaut, le contrôle de l'inspecteur du travail est rendu plus difficile, tant sur la régularité de la procédure que sur le bien-fondé de la demande. En outre, le juge peut considérer que l'autorité administrative n'a pas statué sur l'ensemble des griefs ou, à l'inverse, qu'elle a pris à tort en compte un élément de fait qui n'était invoqué ni dans le cadre de l'entretien préalable, ni lors de l'audition devant le comité d'entreprise (*CE, 28 juin 1996, n° 155.590, Sté Risk Management*).

Soulignons que postérieurement à une décision d'autorisation, le choix initial de l'employeur continue de produire des effets juridiques dès lors que le licenciement prononcé pour des faits autres que ceux ayant motivé l'autorisation est nul (*Cass. soc., 11 juin 2002, n° 00-41.073, Bull. civ. V, n° 198*).

En résumé, le Conseil d'État a opté pour l'option certes la plus rigoureuse mais de nature à éviter les appréciations divergentes et les rebondissements contentieux pouvant déboucher, pour des raisons de forme, sur l'annulation d'une autorisation et la remise en cause d'un licenciement notifié depuis plusieurs années.

2. *Concl. N. Questiaux, Rev. Adm. 1965, p. 590.*

► Extrait de la décision

« Considérant qu'aux termes de l'article 160 de la délibération du congrès du territoire de Nouvelle-Calédonie du 10 mai 1989 relative aux groupements professionnels et à la représentation des salariés, alors en vigueur : "Le licenciement [d'un salarié protégé] ne peut intervenir qu'en respectant la procédure d'autorisation administrative prévue à l'article 75 de l'ordonnance n° 85-1181 du 13 novembre 1985. / La demande d'autorisation de licenciement est adressée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. / Cette demande énonce le motif du licenciement envisagé ; elle est accompagnée du procès-verbal de la réunion du comité d'entreprise. [...] » ;

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le courrier du 9 août 2004 par lequel la SOCIÉTÉ LE VIGILANT HERMES PROTECTION a demandé l'autorisation de licencier M. M. ne comportait l'énoncé d'aucun motif justifiant l'engagement de la procédure de licenciement, sans que puisse être regardé comme tenant lieu d'un tel énoncé le renvoi à des pièces justificatives jointes, y compris au procès verbal de la réunion au cours de laquelle le comité d'entreprise avait été consulté sur ce projet de licenciement ; que, dans ces conditions, la cour n'a pas commis d'erreur de droit et a suffisamment motivé son arrêt en jugeant que l'exigence de motivation posée par les dispositions de l'article 160 de la délibération du 10 mai 1989 précitées n'avait pas été satisfaite et que, par suite, l'autorité administrative avait pu légalement rejeter la demande d'autorisation de licenciement dont elle était saisie ».

► *CE, 20 mars 2009, n° 308.346*

L'INCIDENCE DE L'OMISSION DANS LA DÉCISION D'AUTORISATION DE L'ENSEMBLE DES MANDATS DU REPRÉSENTANT DU PERSONNEL

► La question posée

Dans la troisième affaire (CE, 20 mars 2009, n° 309.195, M. A.) était de nouveau posée la question de l'incidence de l'omission par l'inspecteur du travail dans sa décision d'autorisation de l'un des mandats du salarié protégé : n'avait pas été pris en compte le mandat de délégué du personnel, ce mandat n'ayant pas été mentionné par l'employeur dans la demande¹.

► La question avait déjà été tranchée par la jurisprudence

L'autorisation de licenciement est illégale si l'autorité administrative ne prend pas en compte tous les mandats détenus par le salarié (CE, 4 juill. 1984, n° 23.863, Humbert, rec. p. 257). Cette solution est justifiée par le fait que l'omission des mandats fait obstacle à ce que l'inspecteur du travail apprécie :

– d'une part, la gravité de la faute compte tenu des exigences propres du mandat : à défaut d'avoir pris en compte l'un des mandats, il ne peut être regardé comme ayant procédé au contrôle qui lui incombe et le salarié est dès lors privé des garanties qu'il tient de son statut (CE, 22 juill. 1992, n° 109.709, Cirelli, aux Tables p. 1348, concl. B. de Froment, Dr. soc. 1983, p. 49) ;

– d'autre part, si un motif d'intérêt général justifie un refus d'autorisation. Est au nombre de ces motifs la préservation d'une représentation du personnel dans l'entreprise (CE, section, 11 févr. 2005, n° 247.673, Marcel, rec. p. 56, conclusions L. Olléon, AJDA 2005, p. 665-660).

Les circonstances de l'espèce étaient les suivantes :

- l'entreprise, appartenant à un groupe, cessait son activité ;
- le salarié exerçait ses deux mandats (délégué du personnel et délégué syndical) dans l'entreprise.

Au vu de ces éléments, le juge d'appel avait considéré que le salarié n'avait été privé d'aucune garantie liée à son statut.

Devant la formation de jugement du Conseil d'État, le rapporteur public (nouveau titre du commissaire du gouvernement) proposait de confirmer l'arrêt de la cour en se fondant sur les éléments suivants : le motif du licenciement était économique, l'employeur avait été regardé par l'administration comme ayant satisfait à son obligation de reclassement, le salarié n'avait pas soutenu que la procédure était discriminatoire et, en tout état de cause, ne pouvait légalement être invoqué un motif d'intérêt général, le salarié exerçant tous ses mandats dans une entreprise qui cessait son activité.

► La solution retenue

Le Conseil d'État n'a pas suivi le rapporteur public et, faisant application de sa jurisprudence, a censuré l'arrêt de la cour pour erreur de droit : le salarié doit être regardé comme ayant été privé de l'une des garanties liées à son statut faute pour l'administration d'avoir vérifié si la procédure de licenciement, notamment la mise en œuvre des mesures de reclassement dans le groupe, était ou non en rapport avec chacun des deux mandats qu'il détenait.

La solution ainsi retenue revient à juger que le caractère discriminatoire de la procédure s'apprécie au regard de chaque mandat du salarié.

¹ En l'espèce, il existait au fond un débat pour déterminer si le salarié pouvait invoquer un mandat de délégué du personnel en raison d'un désaccord sur la validité de l'accord portant prorogation des mandats et qui a justifié le renvoi de l'affaire après cassation.

► Extrait de la décision

« Considérant que, pour opérer les contrôles auxquels elle est tenue de procéder lorsqu'elle statue sur une demande d'autorisation de licenciement, l'autorité administrative doit prendre en compte toutes les fonctions représentatives du salarié et qu'il appartient, par suite, à l'employeur de porter à sa connaissance l'ensemble des mandats détenus par l'intéressé ; qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge du fond qu'en adressant à l'inspecteur du travail une demande d'autorisation de licenciement de M. A, la société Exel Textile n'a pas mentionné sa qualité de délégué du personnel ; que l'inspecteur du travail n'a pas non plus visé dans sa décision autorisant le licenciement de M. A. cette qualité de délégué du personnel ; que l'inspecteur du travail n'a donc pas été mis à même d'apprécier si M. A. avait accès aux mesures de reclassement prévues dans des conditions non discriminatoires, compte tenu notamment des exigences propres à son mandat de délégué du personnel ; que, par suite, en statuant comme elle l'a fait, la cour administrative d'appel a entaché son arrêt d'erreur de droit ; que, par suite, M. A. est fondé à en demander l'annulation ».

► CE, 20 mars 2009, n° 309-195

