

**SALARIÉ PROTÉGÉ.** Le délégué du personnel dont la candidature est postérieure à la date de convocation à l'entretien préalable au licenciement ne bénéficie pas de la protection spéciale contre le licenciement.

# Délégué du personnel et pourtant salarié non protégé

Odile Levannier-Gouël, Maître de conférences à l'Université de Poitiers

**A**u sein de la société SISP, le 9 mars 2007 s'est tenu le premier tour des élections de la délégation unique du personnel sans qu'aucun syndicat représentatif n'ait présenté de candidat. Ce même jour, un salarié, qui n'était pas candidat au premier tour, est convoqué à un entretien préalable de licenciement. Le 12 mars 2007, l'employeur a connaissance de sa candidature au second tour sur la liste du syndicat SUD commerces et services. Le salarié prétend que l'employeur connaissait l'imminence de sa candidature avant sa convocation à l'entretien préalable mais il est dans l'impossibilité d'en apporter la preuve. Le salarié est élu le 23 mars et licencié le 28 mars suivant la procédure de licenciement de droit commun.

L'employeur n'a pas, en effet, à demander l'autorisation de l'inspecteur du travail lorsqu'il envisage le licenciement d'un salarié qui s'est déclaré candidat après la convocation à l'entretien préalable, même si, au jour du licenciement, le salarié est élu délégué du personnel.

Après avoir hésité, la Cour de cassation confirme dans cet arrêt du 28 janvier 2009 une solution déjà retenue par le passé : l'élection ne paralyse pas la procédure de licenciement antérieurement engagée.

La situation qu'elle génère est néanmoins discutable et peu satisfaisante, d'autres la qualifieront de paradoxale<sup>1</sup> : un salarié élu est licencié sans que la procédure spéciale de licenciement n'ait besoin d'être respectée alors que le caractère frauduleux de sa candidature n'est pas établi. Des critiques déjà relevées à propos de la désignation d'un délégué syndical resurgissent.

## L'ÉLECTION NE PARALYSE PAS LA PROCÉDURE DE LICENCIEMENT ENGAGÉE

### ► L'absence de protection du candidat...

La règle est ancienne : la procédure spéciale de licenciement des salariés protégés s'applique au candidat aux fonctions de délégué du personnel lorsque la lettre du syn-

dicat notifiant la candidature est reçue par l'employeur avant que le candidat ait été convoqué à l'entretien préalable. Elle s'applique avant cette date si le salarié peut établir que l'employeur avait connaissance de l'imminence de sa candidature (*C. trav., art. L. 2411-7*). La règle est identique pour l'élection des membres du CE (*C. trav., art. L. 2411-10*) ou du CHSCT (*Cass. soc., 30 avr. 2003, n° 00-46.787, Bull. civ. V, n° 154*) et pour la désignation d'un délégué syndical ou d'un représentant de la section syndicale (*C. trav., art. L. 2411-3 et L. 2142-1-2*).

Tel qu'il est fixé, le point de départ de la protection doit permettre de déjouer certaines fraudes au statut protecteur. L'employeur ne saurait profiter de ce qu'il sait qu'un salarié est sur le point d'être désigné candidat ou délégué syndical pour procéder à son licenciement dans les conditions de droit commun. Du côté des salariés, il s'agit d'éviter que la candidature à l'élection ou la désignation comme représentant du syndicat serve l'intérêt personnel de l'intéressé qui craint pour la pérennité de son emploi.

La procédure de licenciement engagée par la convocation à l'entretien préalable n'est donc pas paralysée par la candidature postérieure d'un salarié aux élections professionnelles<sup>2</sup>, ni sa désignation comme délégué syndical<sup>3</sup>, représentant de la section syndicale ou représentant syndical au comité d'entreprise. Le licenciement du salarié pourra donc être prononcé sans respect de la procédure spéciale de licenciement, sauf au salarié de prouver que l'employeur avait connaissance de l'imminence de sa candidature ou de sa désignation.

### ► ... s'étend au délégué du personnel élu

Qu'en est-il lorsque, au cours de la procédure de licenciement ainsi engagée contre un salarié dont la candidature est postérieure à sa convocation à l'entretien préalable, un événement survient qui normalement confère la qualité de salarié protégé ? Cet événement peut être l'élection en qua-

lité de délégué du personnel comme dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt commenté. Il peut s'agir aussi de la désignation comme membre du CHSCT (*Cass. soc., 3 avr. 2001, n° 99-10.190, Bull. civ. V, n° 122*). D'autres hypothèses sont envisageables : un salarié après la convocation à l'entretien préalable demande l'organisation des élections.

Faut-il considérer que l'élection confère au salarié la qualité de salarié protégé obligeant ainsi l'employeur à demander l'autorisation administrative de licenciement ? Ou bien l'employeur est-il autorisé à poursuivre la procédure de licenciement de droit commun engagée à une époque où le salarié ne pouvait prétendre bénéficier du statut protecteur ?

### ► Les textes

L'article L. 2411-7, alinéa 2, du Code du travail, requiert l'autorisation de l'inspecteur du travail lorsque la lettre du syndicat notifiant la candidature a été reçue par l'employeur avant que le candidat ait été convoqué à l'entretien préalable de licenciement. Quant à l'article L. 2411-5, il dispose que « le licenciement d'un délégué du personnel [...] ne peut intervenir qu'après l'autorisation de l'inspecteur du travail ».

Dans cette affaire, l'employeur estimait pouvoir poursuivre sa procédure parce qu'au jour de la convocation à l'entretien préalable, il n'avait pas connaissance de la candidature du salarié, le salarié n'avait donc pas la qualité de salarié protégé ; or selon l'employeur, c'est à cette date qu'il faut se placer pour déterminer si la procédure spéciale doit être respectée.

S'appuyant sur les textes précités, la cour d'appel de Paris opère une distinction. Si le salarié revendique une protection exclusivement fondée sur sa candidature, cette dernière doit être antérieure à sa convocation à l'entretien préalable (*C. trav., art. L. 2411-7, al. 2*). Par contre, si le candidat prétend bénéficier du statut en sa qualité d'élu, aucune condition d'antériorité n'est exigée (*C. trav., art. L. 2411-5*). En conséquence, les juges du fond ont estimé qu'en poursuivant la procédure de ●●●

●●● licenciement après l'élection sans demander l'autorisation de l'inspecteur du travail, l'employeur a commis un trouble manifestement illicite.

L'arrêt de la cour d'appel est censuré.

La Cour de cassation précise que « *c'est au moment de l'envoi de la convocation à l'entretien préalable au licenciement que l'employeur doit avoir connaissance de la candidature d'un salarié aux élections professionnelles ; que lorsque l'employeur engage la procédure de licenciement avant d'avoir connaissance d'une candidature ou de son imminence, le salarié, même s'il est ultérieurement élu, ne bénéficie pas au titre de la procédure en cours du statut protecteur* ».

### ► Une solution ancienne réaffirmée

Dans une affaire similaire concernant la désignation d'un salarié comme membre du CHSCT, un arrêt du 3 avril 2001 avait déjà écarté la protection spéciale accordée aux représentants du personnel au motif que la candidature était intervenue postérieurement à sa convocation à l'entretien préalable (Cass. soc., 3 avr 2001, n° 99-40.190, Bull. civ. V, n° 122).

Par contre, cette motivation contraste avec celle d'un arrêt du 12 juillet 2006 dans lequel la Cour de cassation affirmait « *qu'un salarié élu représentant du personnel bénéficie nécessairement de la protection accordée au candidat depuis la date de sa candidature et qu'il appartient à l'employeur qui lui conteste le bénéfice de cette protection d'établir que la convocation à l'entretien préalable a précédé la formalisation de la candidature dont le chef d'entreprise est, en qualité d'organisateur des élections, destinataire* » (Cass. soc., n° 04-47.724, Bull. civ. V, n° 250).

Dans ce dernier arrêt, la Cour de cassation faisait, semble-t-il, prévaloir l'élection – événement qui confère la qualité de salarié protégé – sur l'acte de candidature qui le précède. Le raisonnement était inversé :

il appartenait à l'employeur d'établir que le salarié ne pouvait profiter du statut protecteur.

Avec l'arrêt du 28 janvier 2009, le bénéfice du statut protecteur dépend davantage de la date à laquelle la procédure de licenciement est engagée que de l'événement qui confère la qualité de salarié protégé. En outre, on prend en considération le projet de licenciement et non la décision de licencier qui est définitive à la date de notification du licenciement. Or à cette date, il est procédé au licenciement d'un salarié élu.

### UN DÉLÉGUÉ DU PERSONNEL LICENCIÉ SANS AUTORISATION

C'est surtout le résultat qui est peu satisfaisant : un salarié élu est licencié sans que la procédure spéciale de licenciement n'ait besoin d'être respectée.

Certaines critiques sont déjà connues (sur ces critiques, v. not. J. Mouly, « *La fraude dans la désignation des délégués et des candidats aux élections dans les entreprises* », Dr. soc. 1987, p. 106) :

- En se plaçant au moment de la convocation à l'entretien préalable, la Cour de cassation prend en considération le projet de licenciement et non la décision de licencier. Pourtant c'est bien de licenciement dont il est question à l'article L. 2411-5 du Code du travail. Cette solution « *invitant par la même l'employeur à mener à son terme, quel que soit le résultat de l'entretien, la procédure de licenciement entamée, et du même coup, favorisant la manœuvre consistant à convoquer le salarié soupçonné d'être désigné (ou candidat) à un entretien pour échapper à l'application du statut protecteur* » (J.-M. Verdier, « *Un paradoxe en voie de disparition : délégué syndical désigné, mais sans protection* », Dr. soc. 2005, p. 283).

- En outre, on ne peut pas exclure que la candidature soit immédiatement posté-

rieure à la convocation à l'entretien préalable parce qu'elle était imminente. Le salarié ne pourra pas nécessairement en apporter la preuve.

- Surtout, en aucun cas une appréciation de la validité de la candidature n'entre en considération. L'employeur peut licencier le délégué du personnel sans avoir à établir le caractère frauduleux de la candidature (Cass. soc., 26 oct. 2005, n° 04-40.737, non publié au bulletin) ; il suffit qu'elle soit postérieure au déclenchement de la procédure de licenciement. Inutile pour le salarié d'apporter la preuve que sa candidature n'est pas destinée à préserver ses intérêts personnels.

N'en arrive-t-on pas en réalité à partir d'un élément qui se veut objectif, la date de convocation à l'entretien préalable, à suspecter toute candidature postérieure à cette date d'être destinée à servir l'intérêt personnel du salarié ? De même, il y aurait une sorte de suspicion à l'égard de l'employeur qui engage une procédure de licenciement à l'égard d'un salarié dont il connaît l'imminence de la candidature de vouloir se séparer de lui en considération de ses activités.

À cette suspicion quasi systématique ne serait-il pas préférable d'exiger la saisine de l'inspecteur du travail ? Le fait qu'il y ait un contrôle de l'inspecteur du travail pourrait dissuader les salariés tentés d'utiliser le statut protecteur dans leur intérêt exclusif. Pour cela il faudrait admettre soit que l'inspecteur du travail contrôle les circonstances de la candidature et se déclare incompétent si cette fraude est établie, soit qu'il autorise le licenciement du salarié fautif.

Quant à l'employeur, qu'a-t-il à craindre ? Lorsqu'il engage la procédure de licenciement il est censé avoir une cause réelle et sérieuse. ■

► Cass. soc., 28 janv. 2009, n° 08-41.633 P+B

1. À propos de la désignation d'un délégué syndical postérieure à l'engagement de la procédure de licenciement, J.-M. Verdier, « *Un paradoxe en voie de disparition : délégué syndical désigné, mais sans protection ?* », Dr. soc. 2005, p. 283.

2. La désignation par une organisation syndicale de candidats aux élections professionnelles ne peut entraver une procédure de licenciement antérieurement engagée contre les candidats (Cass. soc. 31 mars 1981, n° 80-60.367, Bull. civ. V, n° 288).

3. Cass. soc. 30 mai 1979, n° 79-60.021, Bull. civ. V, n° 486.