



Réorganisation et salariés protégés : les pièges à éviter



Olivia du JONCHAY
Avocat à la Cour, of counsel



Laura GOASDOUÉ
Avocat à la Cour

Garantie essentielle du bon fonctionnement du dialogue social, consacrée au plan international ⁽¹⁾ et européen ⁽²⁾, la protection des représentants du personnel est marquée par un fort interventionnisme de l'administration du travail.

Le statut protecteur des représentants du personnel comprend l'ensemble des dispositions visant à garantir aux salariés la possibilité d'exercer effectivement leurs fonctions représentatives, ainsi que celles visant à les protéger contre une rupture ou une modification de leur contrat de travail ⁽³⁾.

Pivots de cette protection, les demandes d'autorisation de licenciement et de transfert des salariés protégés font l'objet d'un contrôle rigoureux de

La gestion d'une réorganisation se complexifie lorsqu'elle implique des salariés protégés. Pour y faire face, voici, en six préconisations, les points sur lesquels axer sa réflexion.

l'inspection du travail et, le cas échéant, du juge administratif.

IDENTIFIER LES SALARIÉS PROTÉGÉS

La liste des salariés bénéficiant d'une protection contre le licenciement, et notamment le licenciement économique, est fixée aux articles L. 2411-3 à L. 2411-22 du Code du travail.

Sont notamment protégés les délégués syndicaux et anciens délégués syndicaux ⁽⁴⁾, les délégués du personnel et anciens délégués du personnel ⁽⁵⁾, les membres élus du comité d'entreprise et les anciens membres du comité d'entreprise ⁽⁶⁾, les représentants syndicaux au comité d'entreprise ⁽⁷⁾, les représentants du personnel au comité d'hygiène, de sécurité

(1) OIT, Convention n° 135, art. 1.

(2) Charte sociale européenne, art. 28.

(3) Répertoire de droit du travail Dalloz - Représentants du personnel (statut protecteur), juin 2013.

(4) C. trav., art. L. 2411-3.

(5) C. trav., art. L. 2411-5.

(6) C. trav., art. L. 2411-8.

(7) C. trav., art. L. 2411-1.



et des conditions de travail ⁽⁸⁾, les salariés mandats et anciens salariés mandatés dans les entreprises dépourvues de délégué syndical ⁽⁹⁾, les conseillers du salarié inscrits sur une liste dressée par l'autorité administrative et chargés d'assister les salariés convoqués par leur employeur en vue d'un licenciement ⁽¹⁰⁾, ainsi que les conseillers prud'hommes ⁽¹¹⁾.

Bénéficient également de la protection contre le licenciement les représentants du personnel institués par convention ou accord collectif de travail ⁽¹²⁾ (délégué syndical, délégué du personnel...), les salariés ayant demandé l'organisation des élections des délégués du personnel ⁽¹³⁾ ou du comité d'entreprise ⁽¹⁴⁾, ainsi que les candidats à ces élections ⁽¹⁵⁾.

Le salarié bénéficiant d'une protection en raison d'un mandat extérieur à l'entreprise (conseiller du salarié, conseiller prud'homal...) doit en informer son employeur au plus tard lors de l'entretien préalable au licenciement ⁽¹⁶⁾. À défaut, il ne peut pas bénéficier de la protection. Cette dernière omission ne peut toutefois pas constituer un délit d'usage de fausse qualité de non-salarié au sens de l'article 313-1 du Code pénal ⁽¹⁷⁾.

En matière de transfert partiel d'entreprise, et dans l'hypothèse où les parties au contrat de cession conviendraient d'une date de prise d'effet rétroactive par rapport à la date de signature de l'acte, la qualité de salarié protégé devra être appréciée à la date de prise d'effet et non à la date de signature de l'acte ⁽¹⁸⁾.

De manière générale, la protection dont bénéficient les titulaires d'un mandat commence à courir, soit à compter de leur candidature à l'élection, soit de l'élection ou de la désignation, c'est-à-dire à compter du moment où le salarié devient titulaire du mandat.

Pour les candidats aux élections qui ne sont pas élus et pour les salariés ayant demandé l'organisation des élections, la protection court à compter de l'envoi

de la lettre de candidature à l'employeur ⁽¹⁹⁾ ou de l'envoi à l'employeur de la lettre recommandée par laquelle une organisation syndicale a demandé ou accepté qu'il soit procédé aux élections ⁽²⁰⁾.

La durée de la protection accordée à ces salariés après la date de cessation de leurs fonctions varie selon le mandat qu'ils détiennent.

Elle est de :

- douze mois suivant la date à laquelle le mandat prend fin pour les anciens délégués syndicaux ⁽²¹⁾, ainsi que pour les anciens salariés mandatés ⁽²²⁾ ;
- six mois à compter de la date d'expiration du mandat pour les anciens délégués du personnel, les membres du comité d'entreprise et les membres du CHSCT ⁽²³⁾.

DÉTERMINER L'INSPECTION DU TRAVAIL TERRITORIALEMENT COMPÉTENTE

La demande d'autorisation de licenciement et de transfert est adressée à l'inspecteur du travail dont dépend l'établissement dans lequel le salarié est employé ⁽²⁴⁾.

Le critère principal à prendre en compte pour déterminer l'autorité administrative compétente est l'existence ou non d'un comité d'établissement.

Si le salarié protégé est rattaché à un établissement distinct doté d'un comité d'établissement, l'inspecteur du travail dans le ressort duquel il se trouve est automatiquement compétent ⁽²⁵⁾.

Si le salarié protégé travaille dans un établissement ne bénéficiant pas de comité d'établissement, l'inspecteur du travail devra déterminer si l'établissement dispose d'une autonomie suffisante, notamment en matière de gestion du personnel (lieu de travail de l'émetteur du courrier de convocation à

(8) C. trav., art. L. 2411-1.

(9) C. trav., art. L. 2411-4.

(10) C. trav., art. L. 2411-21.

(11) C. trav., art. L. 2411-22.

(12) C. trav., art. L. 2411-2.

(13) C. trav., art. L. 2411-6.

(14) C. trav., art. L. 2411-9.

(15) C. trav., art. L. 2411-7 ; C. trav., art. L. 2411-10.

(16) Cass. soc., 14 sept. 2012, n° 11-21.307.

(17) Cass. crim., 14 avr. 2015, n° 14-81.188.

(18) Cass. soc., 18 juin 2014, n° 13-10.204.

(19) C. trav., art. L. 2411-7 ; C. trav., art. L. 2411-10.

(20) C. trav., art. L. 2411-6 ; C. trav., art. L. 2411-9.

(21) C. trav., art. L. 2411-3.

(22) C. trav., art. L. 2411-4.

(23) C. trav., art. L. 2411-5 ; C. trav., art. L. 2411-8 ; C. trav., art. L. 2411-13.

(24) C. trav., art. L. 2421-1 à L. 2421-4.

(25) Circ. DGT n° 07/2012, 30 juill. 2012, relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, Fiche 1 b.



l'entretien préalable et du courrier de notification du licenciement, présence d'institutions représentatives du personnel...) ⁽²⁶⁾.

Si l'établissement dispose d'une autonomie suffisante, l'inspecteur du travail destinataire de la demande d'autorisation devra être celui du lieu de l'établissement ⁽²⁷⁾.

En revanche, lorsque l'établissement dans lequel travaille le salarié protégé dont la rupture du contrat est envisagée ne dispose pas d'une autonomie de gestion suffisante par rapport au siège, l'inspecteur du travail compétent pour traiter la demande sera celui du siège de l'entreprise ⁽²⁸⁾.

Si l'inspecteur du travail initialement saisi s'avérait être incompétent, il devra transmettre la demande d'autorisation à qui de droit et informer les parties de cette transmission ⁽²⁹⁾.

ANTICIPER L'ÉTENDUE DU CONTRÔLE DE L'INSPECTION DU TRAVAIL

Dans le cadre d'une procédure de licenciement pour motif économique

Lorsque l'inspecteur du travail est saisi d'une demande d'autorisation de licenciement pour motif économique, il doit contrôler : le respect des procédures internes, l'absence de motif inhérent à la personne du salarié, ainsi que l'existence d'une cause économique sérieuse de licenciement, l'effet avéré de celle-ci sur l'emploi du salarié protégé concerné, l'effort de reclassement interne, l'absence de lien avec le mandat ou l'appartenance syndicale, le respect des procédures obligatoires de consultation du comité d'entreprise sur la décision économique, ainsi que sur le projet de licenciement pour motif économique et enfin l'absence d'intérêt général.

⁽²⁶⁾ Circ. DGT n° 07/2012, 30 juill. 2012, relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, Fiche 1 a et 1 b.

⁽²⁷⁾ Circ. DGT n° 07/2012, 30 juill. 2012, relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, Fiche 1 a et 1 b.

⁽²⁸⁾ CA Nancy, 30 sept. 2015, n° 11/0241518.

⁽²⁹⁾ Circ. DGT n° 07/2012, 30 juill. 2012, relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, Fiche 1 a et 1 b ; L. n° 2000-321, 12 avr. 2000, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

Contrôle du respect des procédures internes ⁽³⁰⁾

L'inspecteur du travail saisi d'une autorisation de licenciement vérifie :

- la réalité de la tenue de l'entretien ;
- et le cas échéant la consultation du comité d'entreprise.

Pour mémoire, la consultation du comité d'entreprise est obligatoire pour l'ensemble des salariés protégés, à l'exception des délégués syndicaux exerçant leurs fonctions dans une entreprise de plus de 300 salariés ⁽³¹⁾, des salariés mandatés et des candidats aux élections du comité d'entreprise ⁽³²⁾.

Pour ces derniers, seuls l'entretien préalable et l'autorisation de l'inspecteur du travail sont requis et l'entretien préalable doit précéder la présentation ou l'envoi de la demande d'autorisation.

Le licenciement des autres salariés protégés doit être soumis à l'avis du comité d'entreprise ou d'établissement dans lequel travaille le salarié.

Ainsi, l'employeur doit obtenir un avis du comité d'entreprise dès lors qu'il sollicite la rupture du contrat de travail d'un délégué du personnel, d'un membre élu au comité d'entreprise, d'un représentant syndical au CHSCT, d'un représentant syndical au comité d'entreprise ou d'un membre du comité d'entreprise européen ⁽³³⁾.

S'agissant du licenciement pour motif économique d'un salarié protégé, et contrairement aux autres salariés, l'employeur a l'obligation de le recevoir lors d'un entretien préalable, y compris lorsque le licenciement concerne plus de dix salariés ⁽³⁴⁾.

Lorsque le comité d'entreprise doit donner son avis sur la rupture du contrat de travail du salarié, l'entretien préalable au licenciement doit ⁽³⁵⁾ obligatoirement précéder la consultation du comité d'entre-

⁽³⁰⁾ C'est-à-dire la tenue d'un entretien préalable et la consultation du comité d'entreprise.

⁽³¹⁾ C. trav., art. L. 2143-22.

⁽³²⁾ C. trav., art. R. 2421-3.

⁽³³⁾ C. trav., art. L. 2421-3 ; C. trav., art. L. 2421-4.

⁽³⁴⁾ CA Versailles, 20 nov. 2014, n° 13/03135 ; CAA Douai, 6 févr. 2014, n° 13DA00939.

⁽³⁵⁾ Soit conformément à l'article R. 2421-8 du Code du travail pour les délégués du personnel, les membres du comité d'entreprise et les membres du CHSCT.



prise, celui-ci exprimant son avis après audition de l'intéressé.

La convocation des membres du comité d'entreprise peut en toute hypothèse leur être adressée antérieurement à la tenue de l'entretien préalable ⁽³⁶⁾.

Si l'absence de consultation du comité d'entreprise rendue obligatoire par la loi est sanctionnée par le refus d'autorisation, l'absence de convocation des membres du comité d'entreprise à la réunion portant sur le licenciement d'un salarié protégé ne constitue pas une irrégularité substantielle entravant l'autorisation s'il est avéré que les membres du comité ont en fait assisté à la séance ⁽³⁷⁾.

Il n'existe aucune disposition législative ou réglementaire fixant un délai minimal entre la date de l'entretien préalable et la date de convocation du comité d'entreprise.

Concernant le délai entre l'entretien et la réunion du comité d'entreprise, l'administration et certaines juridictions semblent exiger qu'un délai suffisant soit laissé au salarié pour lui permettre de préparer son audition devant le comité d'entreprise après l'entretien ⁽³⁸⁾.

D'autres juridictions considèrent toutefois que l'entretien peut se tenir le même jour que la date à laquelle le comité d'entreprise a été convoqué ⁽³⁹⁾.

En outre, les employeurs doivent garder à l'esprit que si le salarié dont la rupture du contrat est envisagée se trouve être membre du comité d'entreprise, il devra être destinataire de deux convocations différentes, l'une au titre de son mandat et l'autre en sa qualité de salarié auditionné par le comité.

Pour permettre au comité d'entreprise de formuler un avis motivé, l'employeur doit lui transmettre des informations précises et écrites, et ce dans un délai suffisant ⁽⁴⁰⁾. Le manquement à cette obligation constitue un vice substantiel de la procédure d'autorisation justifiant son refus.

En vue de la consultation du comité d'entreprise, l'employeur doit dès lors lui fournir, outre l'identité du salarié protégé concerné, la liste de l'intégralité

de ses mandats, ainsi que les motifs de son licenciement ⁽⁴¹⁾.

La jurisprudence assouplit toutefois cette exigence lorsque le comité d'entreprise a effectivement connaissance des informations non communiquées.

S'il appartient à l'employeur de mettre le comité d'entreprise à même d'émettre son avis en toute connaissance de cause, la procédure de licenciement ne peut toutefois pas être entachée d'illégalité lorsque l'employeur a manqué à son obligation mais qu'il est établi que les membres du comité ne pouvaient ignorer les mandats effectivement détenus par le salarié ⁽⁴²⁾.

Si l'employeur n'a pas transmis, lors de la convocation du comité d'entreprise, le motif de licenciement du salarié mais qu'il apparaît que le CE a tout de même disposé des informations nécessaires ⁽⁴³⁾, la consultation n'est pas viciée.

De même, a été considéré comme ayant rempli son obligation d'information du comité d'entreprise l'employeur qui, dans le cadre d'une liquidation conduisant à la suppression de l'ensemble des postes, a informé succinctement l'instance sur les difficultés économiques du groupe et sur le reclassement des salariés et que cette dernière n'a formulé aucune question lors de la séance ⁽⁴⁴⁾.

Il est rappelé que si l'inspecteur du travail chargé d'instruire la demande d'autorisation de licenciement d'un délégué du personnel, d'un membre du comité d'entreprise ou du CHSCT, doit vérifier la réalité de la tenue de la réunion du comité d'entreprise, il doit également vérifier que le salarié dont le licenciement est envisagé a bien été auditionné par le comité ⁽⁴⁵⁾. Cette audition permet en effet au comité de compléter les informations données par l'employeur.

La jurisprudence exclut que le salarié puisse se faire assister d'un avocat lors de son audition ⁽⁴⁶⁾.

Enfin, lorsque l'employeur a l'obligation de consulter le comité d'entreprise, le non-respect de cette obligation justifie en principe le refus d'une autori-

⁽³⁶⁾ CE, 16 déc. 2009, n° 327032.

⁽³⁷⁾ CE, 3 oct. 2008, n° 306430.

⁽³⁸⁾ CAA Nantes, 3 avr. 2015, n° 13NT02189 (deux jours en l'espèce).

⁽³⁹⁾ CAA Nancy, 2 juin 2015, n° 13NC02143.

⁽⁴⁰⁾ C. trav., art. L. 2323-4.

⁽⁴¹⁾ CE, 27 mars 2015, n° 371852.

⁽⁴²⁾ CAA Versailles, 4 mars 2014, n° 13VE01277.

⁽⁴³⁾ CE, 27 mars 2015, n° 371852.

⁽⁴⁴⁾ CAA Marseille, 23 juin 2015, n° 14MA02019.

⁽⁴⁵⁾ C. trav., art. R. 2421-9.

⁽⁴⁶⁾ CAA Nancy, 2 juin 2015, n° 13NC02143.



sation de licenciement dès lors que l'irrégularité est substantielle.

Il convient cependant de noter que l'absence de consultation du comité d'entreprise, rendue impossible pour l'employeur en raison de la dissolution de l'instance suite à l'annulation des élections professionnelles, ne saurait constituer une irrégularité de la procédure entraînant le refus ou l'annulation du licenciement du salarié protégé ⁽⁴⁷⁾.

Lorsque la consultation du comité d'entreprise est requise, l'employeur doit envoyer la demande d'autorisation de licenciement dans les 15 jours suivant la date de sa délibération ⁽⁴⁸⁾ par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ⁽⁴⁹⁾.

Pratiquement, la demande d'autorisation de licenciement pour motif économique doit selon nous comporter :

- le cas échéant, le procès-verbal de la réunion du comité d'entreprise ⁽⁵⁰⁾ ;
- le cas échéant, les convocations à la réunion du comité d'entreprise et les ordres du jour ;
- la preuve des mandats détenus par le salarié (procès-verbal d'élection et ou de désignation) ;
- la convocation à l'entretien préalable adressée au salarié ;
- la documentation économique, ainsi que l'avis du comité d'entreprise sur le projet de réorganisation et éventuellement de plan de sauvegarde de l'emploi ;
- le cas échéant, la copie de la notification du projet de licenciement adressée à l'autorité administrative ⁽⁵¹⁾.

Lors de l'examen de la demande, l'inspecteur du travail ⁽⁵²⁾ ou le ministre du Travail saisi dans le cadre d'un recours hiérarchique ⁽⁵³⁾ doivent mener une enquête contradictoire au cours de laquelle ils reçoivent individuellement l'employeur et le salarié. Il s'agit d'une formalité substantielle permettant d'an-

nuler toute décision administrative prise sans son accomplissement ⁽⁵⁴⁾.

Pratiquement, l'enquête contradictoire doit prendre la forme d'entretiens personnels et individuels entre le salarié protégé et l'administration et entre l'employeur et cette dernière auxquels peuvent s'ajouter des confrontations. Des entretiens téléphoniques ne sauraient suffire ⁽⁵⁵⁾, sauf à ce qu'ils aient été sollicités par le salarié en raison d'un éloignement momentané et de difficultés à prendre en charge le coût des transports ⁽⁵⁶⁾.

Le caractère contradictoire de l'enquête impose à l'autorité administrative que le salarié protégé soit mis à même de prendre connaissance de l'ensemble des pièces produites par l'employeur à l'appui de sa demande ⁽⁵⁷⁾.

Tel n'est pas le cas lorsque l'inspecteur du travail s'est contenté de lire au salarié les éléments d'un rapport réalisé à la demande de l'employeur ⁽⁵⁸⁾.

Pour éviter tout litige lié à un éventuel manquement de l'administration dans la communication des pièces du dossier, nous conseillons aux employeurs qui forment une demande d'autorisation de licenciement de transmettre au salarié concerné la copie de l'intégralité des pièces adressées à l'inspecteur du travail.

Contrôle de la réalité du motif économique

L'existence d'une cause économique doit être appréciée par l'inspecteur du travail, à la date de sa décision et non à la date du début de la consultation des instances représentatives du personnel ou du début de la mise en œuvre du plan de sauvegarde de l'emploi.

Est par exemple de nature à justifier le licenciement pour motif économique d'un salarié protégé, et plus précisément pour sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise, la forte diminution de la rentabilité constatée par des pertes financières faisant peser un

⁽⁴⁷⁾ CE, 3 sept. 2009, n° 303393.

⁽⁴⁸⁾ C. trav., art. R. 2421-10.

⁽⁴⁹⁾ C. trav., art. R. 2421-1 et C. trav., art. R.2421-10.

⁽⁵⁰⁾ C. trav., art. R. 2421-1 et C. trav., art. R.2421-10.

⁽⁵¹⁾ C. trav., art. R. 2421-2 et C. trav., art. R.2421-13.

⁽⁵²⁾ C. trav., art. R. 2421-4, et C. trav., art. R.2421-11.

⁽⁵³⁾ CE, 4 déc. 1987, n° 72.379 ; CE, 1^{er} août 2013, n° 350517.

⁽⁵⁴⁾ Circ. DGT n° 07/2012, 30 juill. 2012, relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, Fiche 3.

⁽⁵⁵⁾ CE, 16 févr. 1996, n° 151.401.

⁽⁵⁶⁾ CAA Douai, 1^{er} déc. 2011, n° 10DA01533.

⁽⁵⁷⁾ CE, 1^{er} août 2013, n° 350517.

⁽⁵⁸⁾ CE, 27 mai 2015, n° 376767.



risque sur la trésorerie de la société et conduisant à la mettre en péril ⁽⁵⁹⁾.

A contrario, les juridictions administratives jugent dénué de cause réelle et sérieuse le licenciement d'un délégué syndical lorsque l'entreprise ne justifie d'aucune difficulté économique et financière et que les licenciements ne sont motivés que par un objectif d'augmentation des profits au détriment des salariés ⁽⁶⁰⁾.

Comme pour le juge judiciaire, il n'appartient pas à l'autorité administrative, ni au juge administratif, d'apprécier les choix économiques qui ont conduit l'employeur à engager une procédure de licenciement collectif pour motif économique ⁽⁶¹⁾.

Précisant l'étendue du contrôle opéré par l'inspecteur du travail confronté à une demande d'autorisation de licenciement pour cessation d'activité (liquidation judiciaire en l'espèce), le Conseil d'État ⁽⁶²⁾ affirme qu'il lui appartient de s'assurer non seulement que le reclassement de l'intéressé est impossible, mais surtout que la cessation d'activité est bien totale et définitive, ce qui implique qu'il vérifie qu'aucune reprise totale ou partielle de l'activité n'est intervenue ⁽⁶³⁾.

Contrôle de l'effort de reclassement

Compte tenu de l'absence de différence notable avec le régime du reclassement des salariés non protégés, nous renvoyons nos lecteurs, pour de plus amples développements sur ce point, à l'étude « *Pour un reclassement interne efficace* » publiée dans le présent numéro.

L'inspecteur du travail saisi d'une demande d'autorisation de licenciement pour motif économique d'un salarié protégé doit vérifier que le salarié protégé a bien bénéficié, le cas échéant, des mesures de reclassement interne prévues par le plan de sauvegarde de l'emploi ⁽⁶⁴⁾ et s'assurer en outre de la com-

patibilité entre le reclassement envisagé du salarié et le maintien de son mandat.

Afin de prendre en compte la possibilité pour les salariés protégés de continuer à exercer leurs fonctions représentatives, l'employeur doit axer en priorité ses recherches de reclassement au sein du périmètre qui assure la continuité du mandat, à savoir l'établissement, puis à défaut l'entreprise ⁽⁶⁵⁾ et enfin le groupe ⁽⁶⁶⁾.

Selon une jurisprudence établie ⁽⁶⁷⁾, l'employeur doit rechercher les possibilités de reclasser le salarié protégé aux meilleures conditions possibles compte tenu des postes disponibles au regard de la situation professionnelle (qualification, rémunération, responsabilité) du salarié, ainsi que des conditions d'exercice de ses fonctions représentatives ⁽⁶⁸⁾.

Enfin, si l'inspecteur du travail n'a pas à apprécier le respect par l'employeur des obligations de reclassement externe ⁽⁶⁹⁾, il est toutefois tenu de vérifier l'absence de discrimination dans l'accès aux mesures de reclassement externe ⁽⁷⁰⁾.

Contrôle du respect des procédures obligatoires de consultation du CE

Lorsqu'il est saisi aux fins d'autoriser le licenciement pour motif économique d'un salarié protégé, l'inspecteur du travail doit également s'attacher à contrôler le respect des procédures obligatoires de consultation du comité d'entreprise sur la décision économique au titre de ses attributions générales en vertu des articles L. 2323-1, L. 2323-6 et L. 2323-15 du Code du travail, et sur le projet de licenciement économique en application des articles L. 1233-8 et suivants du Code du travail.

Contrôle de l'absence de lien avec le mandat ou l'appartenance syndicale

L'inspecteur du travail doit vérifier que la rupture du contrat de travail du salarié protégé n'est pas en lien

(59) CAA Douai, 8 oct. 2015, n° 14DA01910.

(60) CA Grenoble, 30 avr. 2015, n° 10/04402.

(61) CAA Bordeaux, 30 juin 2014, n° 14BX01084 ; CAA Paris, 2 mars 2015, n° 14PA04872.

(62) CE, 22 mai 2015, n° 371061 et n° 375897.

(63) M. Gadrat, « *Le contrôle administratif du licenciement d'un salarié protégé fondé sur la cessation d'activité* », Dr. soc. 2015, p. 602.

(64) Circ. DGT n° 07/2012, 30 juill. 2012, relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, Fiche 7 b.

(65) Circ. DGT n° 07/2012, 30 juill. 2012, relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, Fiche 7 b.

(66) CAA Nantes, 7 mai 2015, n° 13NT03173 ; CAA Bordeaux, 13 avr. 2015, n° 13BX02477.

(67) CE, 28 janv. 2004, n° 257130.

(68) CAA Lyon, 10 avr. 2014, n° 13LY00770.

(69) CAA Lyon, 16 juill. 2015, n° 15LY00939.

(70) CAA Marseille, 23 juin 2015, n° 14MA01883, CAA Nantes, 3 avr. 2015, n° 13NT02192.



avec l'exercice normal du mandat du salarié protégé ou son appartenance syndicale ⁽⁷¹⁾.

L'administration dresse une liste de critères permettant d'établir une discrimination ⁽⁷²⁾. Certains de ces critères sont communs à tous les motifs de recours à l'inspection du travail, tels que la concomitance de la mesure avec l'engagement du salarié dans l'exercice de fonctions représentatives, la nature des relations sociales dans l'entreprise, ou bien encore les disparités de traitement (inégalité de rémunération, demande de licenciement antérieures fondées sur des motifs différents...) qu'aurait déjà subi le salarié sans que ces dernières ne soient justifiées par des éléments objectifs.

L'administration dresse également une liste d'indices de discrimination propres au licenciement économique tels que l'absence manifeste de motif économique ou bien encore l'insuffisance des efforts de reclassement.

La volonté du salarié n'a normalement aucune incidence sur la décision de l'administration du travail d'autoriser ou non son licenciement. Se fondant sur ce principe, le Conseil d'État a récemment sanctionné le fait pour un inspecteur du travail qui, tout en ayant admis que les conditions pour autoriser le licenciement n'étaient pas réunies (absence de difficultés économiques avérées manquement constaté à l'obligation de reclassement), a néanmoins accordé l'autorisation compte tenu de la seule volonté du salarié de quitter l'entreprise ⁽⁷³⁾. Il ressort de cet arrêt que la protection dont bénéficie le salarié est d'ordre public et qu'en dehors des cas autorisés par la loi, personne ne peut la lever, pas même le salarié. Si cette position doit être saluée, on constate qu'elle n'est pas toujours appliquée et que l'administration prend parfois des décisions selon la volonté exprimée par le salarié.

Remarque

Ce constat est choquant compte tenu du fait que les salariés qui s'opposent catégoriquement à leur licenciement peuvent être les mêmes qui, en tant que membre du comité d'entreprise, ont donné un avis favorable au projet de licenciement des autres salariés ou ont signé l'accord majoritaire relatif au plan de sauvegarde de l'emploi.

⁽⁷¹⁾ CE, 22 mai 2015, n° 375897 ; CE, 25 févr. 2015, n° 375590.

⁽⁷²⁾ Circ. DGT n° 07/2012, 30 juill. 2012, relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, Fiche 16.

⁽⁷³⁾ CE, 2 juill. 2014, n° 368590.

Contrôle de l'absence d'intérêt général

Même si la pratique est rare, l'employeur doit garder à l'esprit la faculté dont dispose l'administration d'user de la notion d'intérêt général pour refuser d'autoriser la rupture d'un contrat de travail même si tous les autres éléments sont réunis ⁽⁷⁴⁾.

L'intérêt général peut ainsi être invoqué soit pour maintenir la représentation du personnel, soit pour préserver le climat social dans l'entreprise.

Il ne doit cependant pas porter une atteinte excessive aux intérêts de l'employeur ⁽⁷⁵⁾.

Autres contrôles

Lorsque la demande de licenciement pour motif économique formulée par l'employeur résulte d'un refus d'une modification du contrat de travail pour motif économique, l'administration doit, outre les points évoqués précédemment, vérifier le respect par l'employeur de la procédure visée sous l'article L. 1222-6 du Code du travail prévoyant l'envoi de la proposition de modification du contrat par lettre recommandée avec demande d'avis de réception et la mention du délai d'un mois pour répondre ⁽⁷⁶⁾, ainsi que le caractère clair du refus du salarié protégé de la proposition de modification de son contrat de travail ⁽⁷⁷⁾.

Une nuance doit cependant être faite concernant l'applicabilité de l'article L. 1222-6 du Code du travail selon lequel à défaut de réponse du salarié dans un délai d'un mois, son silence vaut acceptation. La Cour administrative d'appel a en effet considéré que cet article était inapplicable en l'état pour les salariés protégés et que devait être approuvé le fait pour l'employeur d'avoir considéré que le silence du salarié vaudrait refus ⁽⁷⁸⁾.

Que ce soit en matière de licenciement pour motif économique ou bien en matière de transfert, une critique mérite selon nous d'être formulée quant à cette protection administrative dont bénéficient

⁽⁷⁴⁾ CE, 27 mars 2015, n° 366166.

⁽⁷⁵⁾ Circ. DGT n° 07/2012, 30 juill. 2012, relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, Fiche 17.

⁽⁷⁶⁾ C. trav., art. L. 1222-6 (proposition par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, mention du délai d'un mois pour faire connaître le refus, silence vaut acceptation au terme du délai d'un mois).

⁽⁷⁷⁾ CAA Lyon, 22 oct. 2015, n° 14LY02519.

⁽⁷⁸⁾ CAA Paris, 24 nov. 2014, n° 13PA04560.



les salariés titulaires d'un ou plusieurs mandats. Il s'agit de la question du décalage temporel, de la dichotomie de cadence, qui se crée parfois entre le départ des salariés non protégés et celui des salariés protégés. La protection spéciale des salariés protégés peut avoir pour effet de bloquer les employeurs qui, contraints de se séparer de la plus grande partie des salariés, se retrouvent parfois un an après l'opération à devoir fournir une prestation de travail qui n'existe plus à un ou plusieurs salariés protégés constituant l'unique effectif d'une société qui attend leur départ pour fermer. Loin d'être anecdotique, cette situation pose de réelles difficultés pratiques lorsque l'administration refuse d'autoriser le licenciement de ces salariés.

À titre d'exemple, un salarié a récemment obtenu le versement de dommages-intérêts au titre du préjudice moral et matériel subi en raison de l'absence de fourniture d'un travail. En l'espèce, l'employeur, suite au refus de transfert de l'administration n'avait, tout en ayant continué de verser sa rémunération de base au salarié, pas été en capacité de lui fournir du travail, l'activité du salarié ayant été mise en location gérance auprès d'une autre entreprise⁽⁷⁹⁾. L'employeur aurait pu en outre être poursuivi pour délit d'entrave !

Dans le cadre d'une procédure de transfert⁽⁸⁰⁾

L'autorisation préalable de l'inspecteur du travail est notamment requise pour le transfert des délégués syndicaux, des délégués du personnel, des membres élus du comité d'entreprise et du CHSCT⁽⁸¹⁾, des candidats aux élections professionnelles, ainsi que des anciens représentants du personnel⁽⁸²⁾.

Saisi d'une demande d'autorisation de transfert d'un salarié protégé, l'inspecteur du travail doit, après avoir procédé à la vérification du mandat détenu par le salarié protégé, contrôler :

- la matérialité du fait générateur sans toutefois porter d'appréciation sur l'origine de l'opération ;

- l'applicabilité des dispositions légales et conventionnelles ;
- le fait que le salarié exécute effectivement son activité dans le cadre de l'entité transférée⁽⁸³⁾ ;
- l'absence de discrimination⁽⁸⁴⁾ ;

L'inspecteur vérifie ainsi que le transfert du salarié est intégré dans le cadre d'un transfert partiel d'entreprise ou d'établissement, soit par application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, soit, par défaut, en application de dispositions conventionnelles.

Le caractère partiel d'un transfert est reconnu si :

- une partie seulement de l'entreprise ou de l'établissement constituant une entité économique autonome conservant son identité est reprise par une autre entreprise⁽⁸⁵⁾ ;
- l'entité transférée ne constitue pas un établissement distinct au regard de la mise en place d'un comité d'établissement⁽⁸⁶⁾.

Lorsqu'il remplit les conditions du transfert partiel, tout transfert intervenu en méconnaissance de cette procédure sera nul⁽⁸⁷⁾.

A contrario, aucune autorisation de licenciement n'est requise en cas de transfert total d'entreprise fondé sur l'article L. 1224-1 du Code du travail⁽⁸⁸⁾ et l'inspecteur du travail saisi d'une demande d'autorisation dans ce contexte doit se déclarer incompétent.

De même, si le transfert de personnel intervient entre deux établissements de la même entreprise, il n'est pas soumis à l'autorisation de l'inspecteur du travail⁽⁸⁹⁾. Néanmoins, si le salarié protégé refuse cette mutation et que l'employeur envisage son licenciement, il devra solliciter l'autorisation de l'inspecteur du travail.

S'agissant de l'absence de discrimination, l'inspecteur du travail tiendra compte d'indices tels que

(79) CA Rouen, 29 sept. 2015, n° 14/02995.

(80) Circ. DGT n° 07/2012, 30 juill. 2012, relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, Fiche 15.

(81) C. trav., art. L. 2414-1.

(82) Cass. soc., 28 oct. 2015, n° 14-12.598 ; Circ. DGT n° 07/2012, 30 juill. 2012, relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, Fiche 15.

(83) CE, 1^{er} août 2013, n° 358257.

(84) CAA Paris, 30 avr. 2014, n° 13PA02988.

(85) CAA Paris, 30 avr. 2014, précité.

(86) CA Aix-en-Provence, 19 juin 2015, n° 13/02549.

(87) CA Aix-en-Provence, 19 juin 2015, précité.

(88) Circ. DGT n° 07/2012, 30 juill. 2012, relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, Fiche 15.

(89) Cass. soc., 18 mars 2015, n° 13-23.742.



l'exécution effective de sa prestation de travail par le salarié protégé au sein de l'entité transférée.

Selon l'administration, l'affectation du salarié à l'entité cédée à une époque proche de l'opération de cession peut constituer un indice de discrimination ⁽⁹⁰⁾.

L'employeur n'a pas à consulter le comité d'entreprise préalablement à la demande d'autorisation de transfert des salariés protégés. Il doit cependant le consulter sur l'opération de transfert ⁽⁹¹⁾, au titre de ses attributions économiques. L'autorité administrative ne contrôle toutefois pas l'effectivité de cette consultation et ne peut pas refuser une autorisation de transfert à ce titre ⁽⁹²⁾.

Concernant la forme de la demande d'autorisation de transfert, l'employeur doit l'envoyer à l'inspecteur du travail par lettre recommandée avec avis de réception quinze jours avant la date arrêtée du transfert ⁽⁹³⁾.

COMPRENDRE LES EFFETS DE LA DÉCISION DE L'INSPECTION DU TRAVAIL

L'inspecteur du travail chargé d'instruire une demande d'autorisation de licenciement ou de transfert n'a qu'une alternative : soit il prend une décision de refus de la mesure envisagée, soit il décide de l'autoriser.

Lorsqu'une décision de refus d'autorisation de licenciement économique est prise par l'inspecteur, le contrat de travail du salarié ne peut pas être rompu. Le licenciement qui interviendrait en méconnaissance de la décision de refus est nul ⁽⁹⁴⁾ et le salarié est en droit de demander sa réintégration.

Lorsqu'une décision d'autorisation est finalement annulée par le ministre dans le cadre d'un recours hiérarchique ou par le juge administratif, la réintégration du salarié protégé illégalement licencié doit,

en principe, se faire sur le même emploi ⁽⁹⁵⁾, mais les juridictions admettent que cette réintégration puisse s'effectuer dans un emploi équivalent à celui occupé avant le licenciement annulé ⁽⁹⁶⁾.

Dans le cadre d'un plan de cession emportant transfert partiel, le refus d'autorisation de licenciement par l'inspecteur du travail a pour conséquence la continuation de plein droit du contrat de travail du salarié protégé avec le nouvel employeur ⁽⁹⁷⁾.

En revanche, lorsque l'inspecteur du travail autorise la mesure demandée (licenciement pour motif économique ou transfert), l'employeur peut y procéder dès la notification de la décision.

Contrairement au licenciement disciplinaire ⁽⁹⁸⁾, il n'existe pas, pour le licenciement pour motif économique, de délai maximal à compter de l'obtention de l'autorisation pour notifier le licenciement.

Lorsque le licenciement d'un salarié protégé a fait l'objet d'une autorisation administrative devenue définitive, le juge judiciaire ne peut pas, en vertu du principe de séparation des pouvoirs, apprécier le caractère réel et sérieux du motif du licenciement au regard de la cause économique notamment ⁽⁹⁹⁾.

S'agissant de l'autorisation du transfert fondée sur les dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail, elle a pour conséquence la poursuite de plein droit du même contrat de travail avec le nouvel employeur, auquel sont transmis tous les droits et obligations de l'ancien employeur, peu important le refus du transfert par le salarié. En cas de refus du salarié protégé, l'employeur a la possibilité d'engager une procédure de licenciement pour motif disciplinaire.

Si l'autorisation est refusée, qu'il s'agisse d'un transfert « *légal* » ou d'un transfert « *conventionnel* », l'employeur doit proposer au salarié un emploi similaire assorti d'une rémunération équivalente dans un autre établissement ou une autre partie de l'entreprise ⁽¹⁰⁰⁾.

⁽⁹⁰⁾ Circ. DGT n° 07/2012, 30 juill. 2012, relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, Fiche 15.

⁽⁹¹⁾ En application de l'article L. 2323-6 du Code du travail.

⁽⁹²⁾ Circ. DGT n° 07/2012, 30 juill. 2012, relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, Fiche 15.

⁽⁹³⁾ C. trav., art. R. 2421-17.

⁽⁹⁴⁾ CAA Aix-en-Provence, 24 avr. 2015, n° 13/20018.

⁽⁹⁵⁾ C. trav., art. L. 2422-1.

⁽⁹⁶⁾ CA Versailles, 10 mars 2015, n° 13/05211 ; CA Montpellier, 22 juill. 2015, n° 15/01186.

⁽⁹⁷⁾ Cass. soc., 15 oct. 2015, n° 14-26.163.

⁽⁹⁸⁾ CA Grenoble, 16 juill. 2015, n° 1202666.

⁽⁹⁹⁾ Cass. soc., 22 janv. 2014, n° 12-22.546.

⁽¹⁰⁰⁾ C. trav., art. L. 2421-9.



Le transfert opéré avant la décision de l'administration est nul ⁽¹⁰¹⁾.

CHOISIR ENTRE LES DIFFÉRENTS RECOURS OUVERTS CONTRE LA DÉCISION

Plusieurs types de recours peuvent être exercés contre les décisions des inspecteurs du travail en matière de licenciement de salariés protégés.

On distingue les recours administratifs exercés devant l'administration, du recours contentieux ou recours en excès de pouvoir intenté devant un juge administratif et dont le but est l'annulation de la décision prise par l'autorité administrative.

Parmi les recours administratifs, l'employeur qui souhaite contester une décision de refus peut introduire un recours gracieux, présenté à l'inspecteur du travail ou au ministre du Travail auteur de la décision, et un recours hiérarchique, adressé au ministre du Travail, qui doit être formé dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision de l'inspecteur ⁽¹⁰²⁾.

Ces recours n'étant pas obligatoires ⁽¹⁰³⁾, l'employeur peut directement saisir le tribunal administratif d'un recours en excès de pouvoir dans les deux mois de la notification contestée.

Ces recours peuvent être exercés simultanément, mais ils peuvent l'être aussi distinctement et de

manière autonome ⁽¹⁰⁴⁾. La formation d'un recours gracieux ou hiérarchique antérieurement au recours contentieux interrompt le délai du recours contentieux ⁽¹⁰⁵⁾ de telle sorte que l'employeur peut saisir le juge administratif dans les deux mois de la décision issue des recours administratifs antérieurs.

Les décisions prises à l'issue de ces différents recours pourront soit conduire à l'annulation d'une autorisation ou d'un refus, soit à la confirmation d'une autorisation ou d'un refus.

MAÎTRISER LES CONSÉQUENCES PÉCUNIAIRES DE L'ANNULATION DE L'AUTORISATION ADMINISTRATIVE

Lorsque, sur le recours de l'employeur ou du salarié, la décision d'autorisation de l'inspecteur du travail est annulée, le salarié peut demander dans les deux mois à compter de la notification de la décision d'annulation, sa réintégration dans son emploi ou dans un emploi équivalent ⁽¹⁰⁶⁾.

Vous trouverez ci-après un tableau récapitulatif de l'indemnisation à laquelle peut prétendre tout salarié licencié en méconnaissance d'un refus de l'administration ou en l'absence de demande d'autorisation.

L'indemnité accordée aux salariés protégés pour violation du statut protecteur est assujettie aux cotisations de sécurité sociale ⁽¹⁰⁷⁾.

(101) Cass. soc., 9 juill. 2014, n° 13-16.434.

(102) C. trav., art. R. 2422-1.

(103) CAA Bordeaux, 8 juin 2015, n° 13BX03373.

(104) Circ. DGT n° 07/2012, 30 juill. 2012, relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, Fiche 20.

(105) Circ. DGT n° 07/2012, 30 juill. 2012, relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés, Fiche 20.

(106) C. trav., art. L. 2422-1.

(107) Cass. 2^e civ., 12 févr. 2015, n° 14-10.886.



INDEMNISATION DU SALARIÉ PROTÉGÉ SUITE À L'ANNULATION DE L'AUTORISATION ADMINISTRATIVE	
En cas de réintégration du salarié	En l'absence de réintégration
Indemnisation de la totalité du préjudice subi (moral et matériel) depuis son licenciement jusqu'à sa réintégration ⁽¹⁾ s'il en a formulé la demande dans le délai de deux mois à compter de la notification de la décision.	Indemnisation de la totalité du préjudice subi au cours de la période écoulée entre son licenciement et l'expiration du délai de deux mois suivant la notification de la décision ⁽²⁾ et, le cas échéant, versement des indemnités de rupture et l'indemnité visée à l'article L. 1235-3 du Code du travail.
INDEMNISATION DU SALARIÉ PROTÉGÉ LICENCIÉ EN L'ABSENCE D'AUTORISATION ADMINISTRATIVE	
En cas de réintégration du salarié	En l'absence de réintégration
Indemnisation égale aux salaires que l'intéressé aurait perçus entre son licenciement et sa réintégration.	Indemnisation de la période allant du licenciement jusqu'à l'expiration de la période de protection du salarié dans la limite de deux ans et six mois égale aux salaires que le salarié aurait perçu pendant cette période ⁽³⁾ et, le cas échéant, les indemnités de rupture ainsi que celles visées à l'article L. 1235-3 du Code du travail.
<p>(1) C. trav., art. L. 2422-4. (2) C. trav., art. L. 2422-4. (3) Cass. soc., 15 avr. 2015, n° 13-24.182 et n° 13-27.211.</p>	