

Droit du CSE en pratique

La consultation du CSE en cas de licenciement d'un salarié protégé



François Barbé
Juriste droit social
Cabinet Calix
Avocats

Tout salarié détenteur d'un mandat électif ou désignatif bénéficie d'une protection en cas de licenciement. Cela signifie que l'employeur ne peut le licencier de lui-même : pour cela, il doit demander une autorisation à l'inspection du Travail et parfois, il doit également soumettre la question au CSE. Tout dépendra du type de mandat qu'il détient comme nous allons le voir. Revenons en détails sur la procédure applicable au licenciement des représentants du personnel et plus spécialement sur la consultation du CSE quand celle-ci intervient.

Les bénéficiaires de la protection spéciale en cas de licenciement

Le Code du travail précise le champ d'application et les bénéficiaires de la protection spéciale accordée en cas de licenciement. Ainsi, elle bénéficie aux salariés investis de l'un des mandats suivants (*C. trav. art. L. 2411-1 et s.*) :

- délégué syndical ;
- salarié mandaté dans les entreprises dépourvues de délégué syndical ;
- membre élu du CSE, titulaire ou suppléant ;
- représentant syndical au CSE ;
- représentant de proximité ;
- membre de la délégation du personnel du CSE interentreprises ;
- représentant du personnel d'une entreprise extérieure, désigné à la CSSCT d'un établissement comprenant au moins une installation classée figurant sur la liste prévue à l'article L. 515-36 du code de l'environnement ou mentionnée à l'article L. 211-2 du Code minier ;
- membre d'une commission paritaire d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail en agriculture (*C. rural et de la pêche, art. L. 717-7*) ;
- représentant des salariés mentionné à l'article L. 662-4 du code de commerce ;
- représentant des salariés au conseil d'administration ou de surveillance des entreprises du secteur public, des sociétés anonymes et des sociétés en commandite par actions ;
- conseiller prud'homme ;
- assesseur maritime, mentionné à l'article 7 de la loi du 17 décembre 1926 relative à la répression en matière maritime ;
- défenseur syndical (*C. trav., art. L. 1453-4*) ;
- membre des commissions paritaires régionales interprofessionnelles pour les salariés et les employeurs des entreprises de moins de 11 salariés

- membre du groupe spécial de négociation et membre du comité d'entreprise européen, représentant au comité de la société européenne, représentant de la société coopérative européenne et représentant au comité de la société issue de la fusion transfrontalière ;
- membre du conseil ou administrateur d'une caisse de sécurité sociale (CSS, art. L. 231-11) ;
- membre du conseil d'administration d'une mutuelle, union ou fédération (C. mut, art. L. 114-24) ;
- représentant des salariés dans une chambre d'agriculture (C. rural et de la pêche, art. L. 515-1) ;
- conseiller du salarié inscrit sur une liste dressée par l'autorité administrative et chargé d'assister les salariés convoqués par leur employeur en vue d'un licenciement.

Remarque : *bénéficient également de la protection contre le licenciement, le délégué syndical, le membre de la délégation du personnel du CSE, le représentant de proximité, institués par convention ou accord collectif de travail (C. trav., art. L. 2411-2). Il s'agit d'une exception au principe selon lequel une convention collective ne peut pas déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public (en l'espèce à celles qui déterminent le champ de la compétence des agents publics, « Guide relatif aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés » - Les guides de la DGT - Bureau du statut protecteur (DASIT 2), septembre 2019, p. 34). La jurisprudence contrôle strictement l'application de ces dérogations. Lorsqu'un accord collectif institue des institutions représentatives du personnel distinctes de celles prévues par la loi, celles-ci doivent être de même nature que celles prévues par le Code du travail (Cass. soc 15 mars 2006, n° 04-45.247), sinon l'inspecteur du travail est tenu de se déclarer incompétent lorsqu'il est saisi d'une demande d'autorisation de licenciement (CE, 21 déc. 2007, n°05-43.940).*

Les étapes de la procédure spéciale

Lorsque la procédure spéciale de protection s'applique, les formalités qui s'imposent le sont dans l'ordre suivant :

- convocation du salarié à un entretien préalable à licenciement ;
- entretien préalable ;
- quand cela s'impose, convocation du CSE sur le projet de licenciement ;
- réunion du CSE sur le projet de licenciement ;
- audition du salarié concerné par le CSE lors de la réunion ;
- expression de l'avis du CSE sur la mesure de licenciement ;
- rédaction et adoption du PV de la réunion du CSE ;

- demande d'autorisation accompagnée du PV du CSE auprès de l'inspection du travail.

C'est la consultation du CSE que nous allons aujourd'hui approfondir et qui ne concerne pas tous les représentants du personnel comme nous allons le voir.

Consultation du CSE : qui est concerné et comment ?

Les salariés visés

La consultation du CSE en cas de rupture du contrat de travail d'un représentant du personnel ne s'impose pas pour tous les bénéficiaires ci-dessus exposés. Ne sont concernés que les personnes suivantes (C. trav., art. L. 2421-3 et C. trav., art. L. 2421-4) :

- les élus titulaires et suppléants du CSE ;
- les représentants syndicaux au CSE ;
- le représentants de proximité ;
- les candidats aux élections du CSE ;
- les anciens élus du CSE ;
- les candidats aux fonctions de représentant de proximité ;
- les salariés ayant demandé l'organisation des élections ;
- le médecin du travail ;
- le représentant du personnel d'une entreprise extérieure, désigné à la CSSCT d'un établissement comprenant au moins une installation classée figurant sur la liste prévue à l'article L. 515-36 du Code de l'environnement ou mentionnée à l'article L. 211-2 du Code minier ;
- le membre d'une commission paritaire d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail en agriculture (C. rural et pêche, art. L. 717-7) ;
- le représentant des salariés mentionné à l'article L. 662-4 du code de commerce ;
- le membre du groupe spécial de négociation et le membre du comité d'entreprise européen, le représentant au comité de la société européenne, le représentant de la société coopérative européenne et le représentant au comité de la société issue de la fusion transfrontalière.

Remarque : *contrairement à ce que l'on pourrait penser, le délégué syndical, pivot de la section syndicale d'entreprise, ne bénéficie pas de l'intervention du CSE lorsqu'une mesure de licenciement est prévue à son encontre.*

Les entreprises concernées

S'est posée la question de savoir si toutes les entreprises sont concernées par l'obligation de consultation du CSE à savoir aussi bien celles qui sont dotées d'un CSE à compétences élargies que celles dotées d'un CSE à compétences réduites.

Toutes les entreprises doivent-elles respecter l'obligation de consultation du CSE lorsque celle-ci s'impose ? Ou bien seules les entreprises dotées d'un CSE à compétences élargies sont-elles visées ? Pour certains commentateurs ainsi que pour l'administration du travail (*guide du ministère 5, 1, 1.2, p. 46*), la consultation du CSE ne concerne que les entreprises de 50 salariés et plus.

Pour nous, la réponse est loin d'être aussi claire et ce n'est pas la lecture du Code du travail sur cette question que nous faisons. En effet, lorsque l'on lit attentivement l'article L. 2421-3 du Code du travail, celui-ci dispose que le CSE (...) « donne un avis sur le projet de licenciement dans **les conditions prévues à la section 3 du chapitre II du titre Ier du livre III** ». Cela ne vise que les conditions dans lesquels le CSE rend son avis. De plus, l'alinéa 3 de ce même article précise que « lorsqu'il n'existe pas de CSE dans l'établissement, l'inspecteur du travail est saisi directement ». Ne sont donc ici visées que les entreprises sans CSE. Sinon, l'article aurait été libellé ainsi « dans les entreprises de moins de 50 salariés ayant un CSE, ainsi qu'en l'absence de CSE, l'inspecteur du travail est saisi directement ».

Il semble que toutes les entreprises dotées d'un CSE (qu'elles comptent plus de 11 salariés ou plus de 50 salariés) seraient donc soumises à l'obligation de consultation de l'instance dès lors qu'elles en sont dotées, et que la consultation devrait se tenir « dans **les conditions prévues à la section 3 du chapitre II du titre Ier du livre III** » que nous allons détailler ci-dessous. Cependant l'Administration du travail retenant la position inverse, plus avantageuse pour les employeurs que pour les représentants du personnel, il nous semble que le CSE pourrait saisir sa Direccte (Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi) afin de lui poser la question de l'obligation ou non de soumettre le licenciement à sa consultation, avant d'engager une action pour procédure irrégulière.

Une formalité indispensable quand elle s'impose

La consultation du CSE est précédée de l'entretien préalable de l'intéressé (C. trav., art. R. 2421-8). Il s'agit d'une formalité indispensable dans le cadre de la procédure spéciale de licenciement d'un salarié protégé. **Le non-respect de celle-ci constitue une irrégularité substantielle et doit entraîner le refus d'autorisation.** Elle ne peut plus être régularisée dès lors que la demande d'autorisation a été présentée (CE, 29 juin 1990, n° 87.944). L'employeur doit alors consulter à nouveau le

CSE et présenter une nouvelle demande, sans toutefois avoir à convoquer le salarié à un nouvel entretien préalable (CE, 13 nov. 1991, n° 91.226).

Remarque : à titre exceptionnel, le défaut de consultation du CSE résultant de l'inexistence du comité en raison de l'annulation des élections professionnelles non imputables à l'employeur ne constitue pas une irrégularité (CE, 3 sept. 2009, n°303 393). Il n'en est pas de même en cas d'absence de CSE alors que l'employeur devait organiser des élections et qu'il n'a pas établi de PV de carence (CE, 26 janv. 2011, n°326.123 ; Cass. soc., 17 oct. 2018, n° 17-14.392). En revanche, lorsque le mandat des membres du CSE est prorogé irrégulièrement, la consultation du CSE n'est non seulement pas requise mais si elle était réalisée, cela vicierait la procédure (CE, 9 mai 2011, n°333.241).

Convocation du CSE

La consultation du CSE peut être réalisée dans le cadre d'une réunion extraordinaire ou d'une réunion ordinaire à condition que cela soit bien précisément fixé à l'ordre du jour de la réunion. Ainsi, doivent figurer le nom et les mandats du représentant du personnel dans le licenciement est envisagé. Les membres titulaires doivent être convoqués ainsi que les représentants syndicaux. L'administration du travail refuse, en principe, d'accorder l'autorisation administrative de licenciement, malgré l'avis du CSE si la convocation des membres du CSE est irrégulière (CE, 24 mai 1991, n° 68. 272).

Remarque : désormais, seuls les titulaires sont convoqués aux réunions du CSE (sauf accord plus favorable). Dès lors, si un suppléant ne reçoit pas de convocation pour assister à la réunion alors qu'il doit remplacer un titulaire absent, cela pourra entacher d'irrégularité la réunion du CSE. En revanche, si finalement un membre du CSE, bien que non convoqué mais qui aurait dû l'être, assiste à la séance du CSE, la procédure est régulière (CE, 3 oct. 2008, n° 306.430).

En ce qui concerne **la date de la convocation**, si la réunion du CSE sur le projet de licenciement d'un salarié protégé doit avoir lieu après l'entretien préalable, rien n'interdit que la convocation des membres de l'institution soit envoyée antérieurement à l'entretien préalable (CE, 8 avr. 2013, n° 348.559). Mais la réunion du CSE devra impérativement avoir lieu après la tenue de l'entretien préalable.

Remarque : si une mise à pied conservatoire été prononcée, le CSE doit être consulté dans les 10 jours à compter de la date de la mise à pied (C. trav., art. R. 2421-14). En cas de licenciement économique de 10 salariés et plus, la réunion consacrée à l'audition du salarié protégé dont le licenciement est envisagé, ne peut avoir lieu avant la seconde réunion du CSE ou la troisième lorsqu'il est fait appel à un expert-comptable (C. trav. art. R. 2421-9).

Convocation du salarié concerné par le projet de licenciement

Lorsque le représentant du personnel dont le licenciement est envisagé est titulaire ou représentant syndical au CSE, il doit être convoqué doublement : en tant qu'élé et en tant que salarié faisant l'objet d'une procédure de licenciement. Cette convocation est obligatoire (CE, 18 oct. 2011, n° 83.934), même si le salarié indique par avance qu'il ne viendra pas. L'absence du salarié à la réunion ne vicie pas la procédure (CE, 6 janv. 1992, n° 102.906).

Comme pour la convocation du CSE, le salarié concerné doit être convoqué suffisamment tôt à l'avance. La loi ne précise pas ce délai. La réception de la convocation 2 jours avant la tenue de la réunion a été considérée comme un délai suffisant (CE, 7 fév. 1992, n° 116.436). Le Code du travail n'impose pas de délai à respecter entre l'entretien préalable au licenciement de l'intéressé et son audition devant le comité. La Cour de cassation parle de « délai raisonnable » (Cass. crim., 5 mars 2002, n° 01-81.049 ; dans cette affaire, il était de moins de 3 jours). Le Conseil d'État a dans un premier temps considéré qu'une procédure où le salarié avait été prévenu le matin des motifs de son licenciement lors de son entretien, alors qu'il devait être auditionné dans la journée, la réunion se tenant à 150 km de son lieu de travail, était irrégulière (CE, 10 juin 1998, n° 70.871). Mais dans un arrêt de 2018, il a assoupli sa position en considérant dans une affaire aux faits similaires à la différence près que la consultation du CE se tenait dans l'entreprise, que ce n'est pas parce que l'intéressé a disposé d'un délai très court que la consultation est de facto irrégulière : elle ne le sera que si ce délai très court a empêché le CE de se prononcer de manière éclairée, ou conduit à regarder l'avis du CE unanimement défavorable comme ayant été rendu dans des conditions ayant faussé sa consultation. C'est une question de fait qui reste à la libre appréciation des juges sachant qu'ils ne peuvent pas se fonder uniquement sur la brièveté du délai entre l'entretien préalable et la réunion du comité au cours de laquelle il sera auditionné (CE, 4 juill. 2018 n° 410.904).

Audition du salarié

L'audition du salarié doit obligatoirement précéder l'émission de l'avis du CSE (C. trav., art. R. 2421-9), même si comme nous l'avons vu elle n'est pas obligatoire puisque si le salarié décide de ne pas venir, cela ne vicie pas la procédure (CE, 6 janv. 1992, n° 102.906).

Le Code du travail ne précise rien sur les modalités de son audition. Si sa présence peut lui porter préjudice (par exemple en cas de relation difficile avec certains élus ou d'émotions vives), il vaut mieux qu'il ne vienne pas à la réunion ; en revanche, si sa présence peut faciliter l'émission de l'avis du CSE et permettre d'emporter l'adhésion de ses membres alors il vaut mieux l'inciter à venir. On peut aussi envisager qu'il rencontre les membres du CSE

individuellement avant la réunion ou qu'il rédige un écrit dans lequel il présente ses arguments et qui pourra être lu par un membre du comité au cours de la séance.

Informations transmises au CSE

Comme toute information/consultation, le CSE doit disposer d'informations précises et écrites avant sa consultation sur le licenciement d'un salarié protégé (C. trav., art. L. 2312-15). Ainsi, sous peine de commettre un délit d'entrave, l'employeur doit fournir au CSE tous les renseignements précis et écrits sur le motif du licenciement envisagé (Cass. crim., 3 déc. 2002, n° 02-81.452). Cependant, le Conseil d'État a considéré que l'absence de transmission d'informations lors de la convocation du comité par l'employeur n'entachait pas d'irrégularité la procédure dès lors que le CSE avait tout de même disposé d'informations dans des conditions lui permettant d'émettre un avis en toute connaissance de cause (CE, 27 mars 2015, n° 371.852). L'employeur doit notamment indiquer la situation professionnelle du salarié et fournir l'intégralité des mandats détenus par le salarié. À ce titre, à défaut d'avoir connaissance de tous les mandats, l'avis du CSE ne serait, en principe, pas régulièrement émis sauf si les membres du CSE ne pouvaient pas ignorer la nature de la protection du salarié concerné par la procédure de licenciement (CE, 3 juill. 2013, n° 348 979). L'employeur doit également rappeler les étapes de la procédure déjà mise en œuvre et les raisons qui justifient le licenciement.

Remarque : concernant ce dernier point, lorsque l'employeur transmet une note confidentielle au CSE dans laquelle il relate des faits avérés « avec prudence, sans animosité personnelle », cela n'encourt pas le délit de diffamation publique (Cass. crim., 3 déc. 2002 n° 02-81.452).

Avis du CSE

Après avoir entendu le salarié protégé s'exprimer, le CSE doit donner son avis sur le licenciement envisagé **à la majorité des membres présents et au scrutin secret** (C. trav., art. R. 2421-9). Seuls les membres titulaires du CSE sont habilités à se prononcer sur le ou les licenciements projetés : l'employeur n'a pas à prendre part au vote (C. trav., art. L. 2315-32). Sur ce point, si pour la Cour de cassation, le fait que l'employeur ait voté rend le licenciement irrégulier (Cass. soc., 22 nov. 1988, n° 85-42.007), le Conseil d'État estime au contraire que cela ne vicie pas la procédure (CE, 31 oct. 1990, n° 82488). En cas de partage de voix, l'avis du CSE doit être considéré comme défavorable (Cass. soc., 17 nov. 1983, n° 81-40.149).

Si le vote est exprimé en procédant à un vote à main levée, en méconnaissance de l'obligation de vote au scrutin secret fixée par l'article R. 2421-9 du Code du travail précité, le Conseil d'État considère que cela n'entraîne pas de facto une irrégularité de la procédure de consultation du

comité : il faut avant tout rechercher *si le vice affectant la tenue de ce vote a été susceptible de fausser sa consultation* (CE, 4 juill. 2018, n° 397.059). Par exemple, cela ne vicie pas la procédure, dès lors que le sens de l'avis émis par le comité unanimement défavorable n'est pas modifié de ce fait (CE, 22 mars 1991, n° 84.280). **En cas de vote par visioconférence**, le dispositif de vote doit garantir que l'identité de l'électeur ne peut à aucun moment être mise en relation avec l'expression de son vote. Lorsque ce vote est organisé par voie électronique, le système retenu doit assurer la confidentialité des données transmises ainsi que la sécurité de l'adressage des moyens d'authentification, de l'émergence, de l'enregistrement et du dépouillement des votes (C. trav., art. D. 2315-1).

Lorsque plusieurs salariés protégés sont compris dans un projet de licenciement collectif, **le comité doit rendre un avis distinct sur chacun des licenciements envisagés**. Matériellement, le vote doit donc être **séparé** pour chaque salarié concerné. Si cette obligation n'est pas respectée, l'autorisation demandée par l'employeur serait rejetée ou, si elle était obtenue, serait entachée d'illégalité (CE, 2 févr. 1996, n° 121.880). Néanmoins, cette règle peut être écartée lorsque le comité émet un avis **globalement** défavorable à ce projet et que chaque salarié protégé a eu la possibilité de s'exprimer (CE, 30 avr. 1997, n° 155.294). Le vote émis par le CSE est une résolution, le Code du travail prévoyant que « *les résolutions du comité social et économique sont prises à la majorité des membres présents* » (C. trav., art. L. 2315-32). Cela signifie que parmi les membres ayant le droit de voter, on ne tiendra compte que des votes des membres présents. Les abstentions, les votes blancs ou nuls des membres présents ayant le droit de vote sont assimilés à des votes s'opposant à la résolution. Celle-ci n'est adoptée que si **la moitié plus un** des membres présents vote expressément en faveur de son

adoption, sauf disposition contraire du règlement intérieur. Si le CSE refuse d'émettre un avis alors qu'il a été mis en mesure de le faire, la jurisprudence considère que la procédure n'est pas viciée (CE, 22 oct. 2008, n° 301.603).

Remarque : si les syndicats peuvent exprimer leur position, qui sera intégrée dans le PV, elle ne peut en aucun cas se substituer à l'avis du CSE.

Excepté dans le cas de mise à pied, la demande d'autorisation est transmise dans les 15 jours suivant la date à laquelle a été émis l'avis du comité social et économique (C. trav., art. R. 2421-10).

Cas particulier du vote du membre du CSE visé par le projet de licenciement

Lorsque le licenciement envisagé concerne un membre du comité lui-même, peut-il voter ? Il semble que la réponse soit positive. Si la loi ne prévoit rien et que la doctrine est partagée, l'administration précise que l'employeur ne peut pas interdire le vote du salarié concerné (Guide DGT sept. 2019, Fiche 5). Coté jurisprudence, il a été jugé que le salarié membre du comité dont le licenciement est envisagé participe au vote (Cass. soc., 11 juin 1981, n° 79-41.592).

Notre point de vue : la question doit être analysée au cas par cas. Le salarié protégé concerné doit adopter la solution qui renforce le plus son dossier. Cela dépendra de plusieurs facteurs, notamment de la position des autres élus. À notre sens, il est préférable que l'avis du CSE contre la mesure projetée soit adopté par la majorité du CSE sans qu'il soit besoin que le salarié concerné vote, tout en sachant que l'avis du CSE ne lie pas l'inspection du travail.

