

Chapitre IV

Le cadre commun aux institutions élues et désignées

Section I : La protection des représentants du personnel

Les représentants du personnel – qu’il s’agisse des salariés ayant un mandat syndical ou des élus du CSE – bénéficient d’une protection en cas de rupture de leur contrat de travail lorsqu’ils n’en sont pas eux-mêmes à l’initiative. Il s’agit de les protéger contre le risque que la rupture du contrat soit un moyen pour l’employeur de « sortir » un salarié mandaté de l’entreprise en raison des fonctions qu’il exerce. Il s’agit aussi d’éviter que l’entreprise perde, du fait de la rupture, des représentants du personnel. La protection contre les discriminations syndicales est à cet égard insuffisante car elle suppose la caractérisation – qui peut être difficile – d’une discrimination et intervient surtout *a posteriori*, une fois la rupture réalisée. La protection instaurée par le droit est dans ces conditions une protection *a priori*, avant que la rupture puisse être consommée, en exigeant préalablement une autorisation de l’autorité administrative, l’autorité étant en l’occurrence l’inspection du travail. A cette protection à l’occasion de la rupture du contrat s’en ajoute une autre au cours de son exécution. La Cour de cassation, à la différence du Conseil d’Etat, exige l’accord du salarié protégé, non seulement en cas de modification du contrat de travail comme tout autre salarié, mais même dans l’hypothèse d’un simple changement des conditions de travail. Alors que ce changement relève, en principe, du pouvoir de direction de l’employeur, le salarié protégé doit y consentir.

De façon générale, le bénéfice de la protection est conçu par le droit largement afin que celle-ci ne profite pas uniquement aux salariés disposant d’un mandat – mandat syndical, mandat d’élu au CSE – mais aussi à ceux qui participent aux élections même s’ils ne sont pas finalement élus. Le champ d’application de la protection est également étendu, bien qu’elle ne couvre pas l’ensemble des cas de rupture du contrat de travail lorsqu’elle apparaît inutile.

§ 1. Les bénéficiaires de la protection et sa durée

La protection est instituée, tout d’abord, dès le stade des élections, avant même que les salariés exercent, le cas échéant, des fonctions de représentation dans l’entreprise. Sont ainsi protégés :

- Le salarié qui demande l’organisation des élections, qu’il s’agisse du salarié demandant, au nom de l’organisation syndicale, l’organisation des élections ou de celui non mandaté par une organisation syndicale à condition qu’une organisation syndicale

intervienne ensuite dans le même sens auprès de l'employeur. Le salarié est protégé pendant une durée de six mois.

- Les salariés candidats aux élections, qu'il s'agisse des candidats aux fonctions de membres de la délégation du personnel au CSE ou des candidats aux fonctions de représentants de proximité lorsque ces représentants ne sont pas des élus au CSE. Encore faut-il que la candidature ait été portée à la connaissance de l'employeur avant l'engagement d'une procédure de licenciement. La durée de la protection est de six mois.

- Les salariés désignés délégués syndicaux. L'article L. 2143-8 du Code du travail dispose que, passé le délai de quinze jours courant à compter de la date de réception de la lettre portant désignation, la désignation est réputée purgée de tout vice « *sans que l'employeur puisse exciper ultérieurement d'une irrégularité pour priver le délégué désigné du bénéfice des dispositions* » légales. Au nombre de ces dispositions figurent celles relatives à la protection. La jurisprudence en déduit que, dès lors que la désignation n'a pas été contestée, la protection est acquise alors même que l'employeur soutiendrait que l'entreprise serait hors du champ d'application de la loi compte tenu de son effectif inférieur au seuil légal. La protection dure pendant le temps du mandat, lequel peut cesser de manière anticipée si l'organisation syndicale qui a désigné le représentant syndical y met fin ou si le syndicat à l'origine de la désignation se désaffilie de la confédération. Sous cette réserve, la protection se poursuit pendant douze mois après l'expiration du mandat si celui-ci a été exercé pendant au moins un an.

- Les salariés désignés comme représentants d'une section syndicale. Les RSS sont protégés à compter de leur désignation jusqu'à la proclamation des résultats des élections. Si, à l'issue des élections, le syndicat ne remplit pas les conditions pour être reconnu comme représentatif dans l'entreprise, le mandat de RSS cesse de plein droit.

- Les salariés désignés comme représentants syndicaux au CSE. La protection leur est acquise pendant la durée du mandat et peut persister six mois après sa cessation s'ils ont exercé leurs fonctions pendant au moins deux ans.

- Les salariés élus au CSE, en qualité de titulaires ou de suppléants, pour la durée de leur mandat, protection qui persiste ensuite pendant six mois après l'expiration du mandat.

- Les représentants de proximité, même s'ils ne sont pas désignés parmi les élus du CSE, bénéficient de la même protection que les élus.

Par ailleurs, certains salariés bénéficient d'une protection en raison d'un mandat extérieur à l'entreprise : c'est le cas, en particulier, des salariés exerçant les fonctions de conseillers prud'hommes (la protection persiste six mois après la cessation des fonctions s'ils ont exercé celles-ci pendant au moins deux ans), de défenseur syndical ou de conseiller du salarié. C'est également le cas des salariés qui siègent dans des commissions paritaires, notamment les salariés administrateurs de caisses de sécurité

sociale. De façon plus anecdotique, les élus tels que les maires et adjoints au maire des communes de 10.000 habitants au moins sont considérés comme des salariés protégés lorsqu'ils n'ont pas cessé d'exercer leur activité professionnelle (Cass. soc., 4 novembre 2020, n° 19-11.865, qui décide que la rupture conventionnelle doit être autorisée préalablement par l'inspecteur du travail).

§ 2. Le champ d'application de la protection

La protection se concrétise par l'exigence d'une autorisation de l'inspecteur du travail préalablement à la rupture du contrat. En l'absence d'autorisation préalable, la rupture est nulle et le salarié peut, s'il le demande, être réintégré dans l'entreprise. La rupture intervenue sans l'autorisation de l'inspecteur du travail est en outre constitutive du délit d'entrave. Tous les cas de cessation du contrat de travail ne sont pas cependant soumis à cette formalité qui n'a pas lieu d'être si seul le salarié est à l'origine de la rupture de son contrat (démission).

Aux cas de rupture s'ajoute l'hypothèse d'un transfert du contrat de travail d'un salarié protégé en application de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Même si le contrat se poursuit avec le nouvel employeur, le Code du travail impose l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail lorsqu'il s'agit d'un transfert partiel d'établissement ou d'entreprise. Les salariés protégés en cas de transfert sont mentionnés à l'article L. 2414-1 du Code du travail.

A. Les cas de cessation du contrat de travail faisant intervenir l'inspecteur du travail

La protection joue avant tout en cas de licenciement du salarié, que le licenciement soit prononcé pour un motif personnel ou pour un motif économique. En cas de licenciement disciplinaire, l'inspecteur du travail exerce un triple contrôle : 1) contrôle du respect de la procédure, et notamment du respect des délais de cette procédure, de la procédure d'entretien préalable, de la consultation préalable des institutions représentatives du personnel lorsque celle-ci est imposée pour le licenciement d'un représentant élu (pas pour les représentants syndicaux) ; 2) contrôle de la réalité et de l'imputabilité des faits invoqués qualifiés de faute et de leur caractère sanctionnable ; et contrôle de la gravité des faits. La décision de l'inspecteur du travail a autorité de la chose décidée sur le judiciaire. Cela signifie que, lorsque l'inspecteur du travail a constaté l'existence d'une faute, ou au contraire écarté la qualification fautive d'un fait, le juge judiciaire ne peut pas statuer différemment, y compris s'il est à nouveau appelé à se prononcer sur le bien-fondé d'un licenciement reposant sur les mêmes motifs, prononcé après l'expiration de la période de protection. De manière générale, un

licenciement ne peut être prononcé après l'expiration de la période de protection sur la base de faits qui ont donné lieu à un refus d'autorisation de l'inspecteur du travail. Les mêmes principes s'appliquent en cas de licenciement pour un motif non disciplinaire ou économique. L'inspecteur du travail contrôle la régularité de la procédure, la réalité et le sérieux du motif de licenciement et, le cas échéant, la recherche de reclassement. C'est ce que rappelle, notamment, le Conseil d'Etat à propos du licenciement pour inaptitude d'un salarié protégé, tout en précisant que, dans ce cas, le juge doit contrôler le bien-fondé de l'appréciation de l'inspecteur du travail sur le sérieux des recherches de reclassement et ne peut se contenter de reprendre les constatations de l'inspecteur du travail (Cons. d'Etat, 18 novembre 2020, n° 427234).

La protection s'étend par ailleurs, en amont, à la période d'essai lorsque c'est l'employeur qui prend l'initiative de la rupture. A cet égard, la protection prime donc sur la liberté de mettre fin au contrat au cours de la période d'essai. Elle opère également à l'occasion de la mise à la retraite. Celle-ci s'entend de la possibilité donnée à l'employeur de rompre le contrat de travail d'un salarié ayant atteint un âge donné et pouvant prétendre au bénéfice d'une pension à taux plein de la sécurité sociale. La mise à la retraite n'est ni une démission, ni un licenciement mais un mode autonome de rupture du contrat de travail.

Lorsque le contrat de travail est à durée déterminée, le salarié est protégé en cas de rupture anticipée du CDD, pour faute grave ou pour force majeure. L'autorisation de l'inspecteur du travail est également requise lorsque l'employeur n'envisage pas de renouveler le contrat quand ce dernier comporte une clause de renouvellement, et ce même lorsque le contrat arrive à échéance sans pouvoir être renouvelé, sous réserve des dispositions spécifiques aux salariés saisonniers.

S'agissant d'un contrat de travail temporaire, l'autorité administrative doit être saisie pour autorisation non seulement en cas d'interruption mais aussi en cas de non-renouvellement de la mission. En dehors de ces cas, la Cour de cassation décide que l'inspecteur du travail doit également obligatoirement être saisi lorsque l'entreprise de travail temporaire décide de ne plus faire appel, pour des missions, à un salarié titulaire d'un mandat.

Enfin, l'autorisation de l'inspecteur du travail est requise en cas de rupture conventionnelle alors qu'il existe pourtant déjà un contrôle de l'administration, la convention de rupture devant être homologuée. Le même régime est applicable aux salariés protégés dans le cadre d'une procédure de rupture conventionnelle collective.

B. Les cas de cessation du contrat de travail ne faisant pas intervenir l'inspecteur du travail

La protection ne s'applique pas – autrement dit l'employeur n'a pas à demander une autorisation à l'inspecteur du travail – en cas de démission du salarié si cette démission est libre et non équivoque. Elle ne s'applique pas non plus lorsque le salarié est demandeur à une action en résiliation judiciaire de son contrat de travail. Néanmoins, tant que le juge judiciaire n'a pas prononcé la résiliation judiciaire, l'employeur ne peut rompre le contrat sans demander et obtenir l'autorisation de l'autorité administrative. Si la résiliation judiciaire du contrat de travail est prononcée aux torts de l'employeur, la rupture produit les effets d'un licenciement nul. Le salarié à l'origine de la demande de résiliation ne peut toutefois demander sa réintégration car celle-ci serait contradictoire avec la volonté manifestée par le salarié de poursuivre la rupture du contrat.

La protection ne joue pas davantage en cas de prise d'acte de la rupture du contrat par le salarié protégé. Si la prise d'acte est jugée fondée, elle produit les effets d'un licenciement nul.

Enfin, l'autorisation de l'inspecteur du travail n'a pas à être requise en cas de départ à la retraite. Cela suppose que les conditions légales du départ à la retraite soient remplies et que le salarié exprime sa volonté claire et non équivoque de partir à la retraite. La situation doit donc être distinguée de la mise à la retraite qui, décidée par l'employeur, est subordonnée à l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail.

§ 3. La procédure et les voies de recours

C'est à l'employeur qu'il revient de solliciter l'autorisation de l'administration du travail. Encore faut-il pour cela qu'il ait connaissance du statut protégé du salarié dont il envisage la rupture du contrat. Si le salarié exerce ses fonctions au sein de l'entreprise, l'employeur ne peut ignorer sa qualité de salarié protégé. S'agissant en revanche des salariés titulaires d'un mandat extérieur à l'entreprise (conseiller prud'hommes, défenseur syndical, conseiller du salarié...), il en est attendu, depuis une décision du Conseil constitutionnel du 14 mai 2012, qu'ils informent l'employeur de l'existence de ce mandat au plus tard au moment de l'engagement du processus de rupture, en particulier de l'entretien préalable s'agissant d'un licenciement, à moins que l'employeur n'ait eu connaissance du mandat par d'autres voies. La Cour de cassation a en outre précisé que, pour l'application des textes relatifs aux salariés protégés, c'est au moment de l'envoi de la convocation à l'entretien préalable au licenciement que l'employeur doit avoir connaissance de l'imminence de la désignation d'un salarié en qualité de conseiller du salarié (Cass. soc., 13 janvier 2021, n° 19-17.489).

A. La procédure

Outre le respect des règles de procédure propre au licenciement, le CSE doit être consulté sur le projet de licenciement d'un salarié protégé. Le salarié doit être entendu avant que le comité prononce son avis à bulletin secret. Cette consultation est obligatoire en cas de projet de licenciement des membres élus du CSE, titulaires ou suppléants, des candidats aux élections au CSE, des anciens membres élus du CSE pendant une durée de 6 mois, du représentant syndical au comité social et économique, des anciens représentants au comité social et économique ayant siégé pendant deux ans, des représentants de proximité et anciens représentants pendant une période de 6 mois suivant l'expiration de leur mandat. La fin de contrat des salariés titulaires d'un contrat à durée déterminée, non renouvelable, n'a pas en revanche à être soumise au CSE.

Lorsqu'il est saisi d'une demande d'autorisation préalable, l'inspecteur du travail doit rendre sa décision dans un délai de deux mois qui court à compter de la réception de la demande. Passé ce délai, le silence gardé par l'administration vaut décision de rejet. Dans tous les cas, l'autorité administrative doit contrôler : si le salarié bénéficie de la protection ; la matérialité des faits avancés par l'employeur ; si ces faits sont de nature à justifier l'autorisation demandée. En principe, l'autorité administrative doit également apprécier si la procédure engagée est en rapport ou non avec l'exercice des fonctions représentatives et présente un caractère discriminatoire. Enfin, en cas de demande d'autorisation de licenciement ou de mise à la retraite, l'autorité administrative peut tenir compte de la circonstance que le licenciement entraînerait la disparition de l'institution représentative du personnel dans l'entreprise ou le licenciement du seul délégué syndical désigné dans l'établissement.

En cas d'autorisation accordée par l'inspecteur du travail, l'employeur peut procéder dès la notification de la décision au licenciement ou à la mise à la retraite du salarié. Au contraire, le refus fait obstacle à ce que légalement le salarié soit licencié ou mis à la retraite. Si l'employeur décide, en dépit du refus qui lui a été opposé, de procéder au licenciement ou à la mise à la retraite du salarié, l'acte est regardé comme nul et comme intervenu en méconnaissance du statut protecteur. Il en est de même si l'employeur a procédé au licenciement sans autorisation de l'inspection du travail et qu'il s'est rétracté après s'être rendu compte de son erreur afin de reprendre régulièrement la procédure : la rétractation de l'employeur étant sans effet, celui-ci doit supporter les conséquences indemnitaires d'un licenciement nul (Cass. soc., 18 novembre 2020, n° 19-10.286).

Ces règles sont également applicables en cas de transfert du contrat de travail d'un salarié protégé en application de l'article L. 1224-1 du Code du travail.

B. Les voies de recours

Il existe plusieurs voies de recours. Un recours gracieux est tout d'abord ouvert devant l'autorité administrative qui a statué sur la demande. Ce recours peut être exercé par l'employeur en cas de refus d'autorisation ou par le salarié si l'autorisation a été accordée. La décision contestée par ce moyen ne peut cependant être retirée que si elle est illégale. L'autorité administrative dispose d'un délai de deux mois pour statuer sur le recours gracieux à compter de la réception du recours. En l'absence de décision expresse dans ce délai, le recours doit être considéré comme rejeté. Si la décision de refus est retirée et que l'autorisation est accordée, l'employeur peut légalement procéder au licenciement, à la mise à la retraite ou au transfert du salarié protégé. Si, à l'inverse, la décision d'autorisation est retirée et que l'autorisation est finalement refusée, la décision a les mêmes effets qu'une annulation et le salarié protégé est en droit de demander sa réintégration.

Une autre voie de recours est le recours hiérarchique devant le ministre du Travail qui doit à cet effet être saisi dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision de l'inspecteur du travail. La présentation du recours hiérarchique conserve le délai de recours contentieux. Le ministre ne peut annuler la décision de l'inspecteur du travail que pour des motifs de légalité. Dans ce cas, le ministre, après avoir annulé la décision de l'inspecteur du travail, se retrouve saisi de la demande d'autorisation présentée par l'employeur et doit statuer sur cette dernière en prenant en compte les circonstances de fait et de droit existant à la date à laquelle il se prononce lui-même sur cette demande.

Enfin, un recours contentieux peut être exercé devant le tribunal administratif. Ce recours n'est pas exclusif des autres et peut notamment être introduit après l'échec des précédents. Le délai pour saisir le tribunal administratif est d'ailleurs de deux mois, soit à compter la notification de la décision de l'inspecteur du travail, soit à compter de la notification de la décision du ministre si ce dernier a été saisi d'un recours hiérarchique. L'exercice du seul recours administratif conserve donc bien le délai de recours contentieux. Le contrôle de la juridiction administrative porte sur la légalité externe de la décision (compétence de l'auteur de l'acte, motivation et régularité de la procédure administrative) et sur sa légalité interne (matérialité des faits, qualification juridique, respect de la règle de droit). Si le tribunal annule une décision de refus d'autorisation, l'annulation ne vaut pas autorisation de licencier. L'autorité administrative se retrouve à nouveau saisie de la demande d'autorisation sur laquelle elle est réputée n'avoir jamais statué. L'employeur n'a pas à présenter de nouvelle demande mais uniquement à confirmer qu'il maintient la demande qu'il avait déposée. Si, à l'inverse, le tribunal annule une décision d'autorisation, l'annulation ne laisse rien subsister de l'autorisation. Le salarié est en droit d'obtenir sa réintégration s'il la demande. Il est aussi en droit de prétendre au versement d'une indemnité correspondant à la totalité du préjudice subi au

cours de la période écoulée : entre son licenciement et sa réintégration, s'il en a formulé la demande dans le délai de deux mois à compter de la notification du jugement ; entre son licenciement et l'expiration du délai de deux mois s'il n'a pas demandé sa réintégration. L'indemnité due ne présente pas un caractère forfaitaire : elle doit tenir compte des sommes que le salarié a pu percevoir pendant la période en cause au titre d'une activité professionnelle. Si le salarié ne demande pas à être réintégré, il peut également prétendre au versement de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse si le juge judiciaire estime que le licenciement ne reposait pas sur une cause réelle et sérieuse.

Dans le cas particulier d'un jugement qui annulerait une décision du ministre qui annulait elle-même une autorisation de licenciement, le jugement ne fait pas revivre la décision d'autorisation initiale. L'employeur peut cependant demander à l'autorité administrative de statuer à nouveau sur la demande initiale d'autorisation de licenciement. Si cette autorisation est accordée, le licenciement est rétroactivement régulier. Si elle est refusée, l'employeur est dans la situation de l'autorisation annulée.

Par ailleurs, conformément aux règles de procédure administrative, le jugement du tribunal administratif peut faire l'objet d'un appel devant la cour administrative d'appel dont la décision est elle-même susceptible d'un recours devant le Conseil d'Etat.

Section II : Le contentieux des élections et des désignations

§ 1. La compétence juridictionnelle

C'est le juge judiciaire qui est en principe compétent pour traiter des contentieux relatifs aux élections professionnelles, à la mise en place des instances de représentations du personnel et à la désignation de représentants syndicaux. Jusqu'au 1^{er} janvier 2020, le juge d'instance avait une compétence d'attribution pour les contestations des élections et des désignations des représentants syndicaux, le tribunal de grande instance étant compétent pour les autres litiges portant, notamment, sur la création de la section syndicale ou la révocation des mandats. La fusion des tribunaux de grande instance et des tribunaux d'instance, effective depuis le 1^{er} janvier 2020, a abouti à ce que la juridiction judiciaire désormais compétente soit le seul tribunal judiciaire. Lorsqu'il était compétent, le tribunal d'instance statuait en premier et dernier ressort, c'est-à-dire sans possibilité d'appel. Cette règle s'applique à présent au tribunal judiciaire s'agissant des contentieux « hérités » du tribunal d'instance, c'est-à-dire en matière d'élections et de désignations des représentants syndicaux. Un recours en cassation reste néanmoins ouvert mais il n'est pas suspensif. De même, alors que la représentation (par avocat ou par le défenseur syndical) n'était pas obligatoire devant le tribunal d'instance, un décret

du 11 décembre 2019 a prévu qu'elle ne l'est pas non plus, dans les mêmes domaines, devant le tribunal judiciaire.

Il doit être observé que les questions préélectorales – recours en matière de détermination des établissements distincts, recours en matière de répartition des sièges et des électeurs au sein des collèges, recours portant sur l'inscription sur les listes électorales ou sur les décisions relatives aux candidatures notamment – sont en revanche de la compétence de l'autorité administrative, c'est-à-dire concrètement du directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (Direccte). Mais, depuis la loi du 6 août 2015, les recours contre les décisions prises par l'autorité administrative dans ces matières sont de la compétence du juge judiciaire et non plus du juge administratif.

§ 2. Le contentieux devant le tribunal judiciaire

Le tribunal judiciaire peut être saisi pour sanctionner la méconnaissance de règles de droit mais il peut aussi intervenir en amont pour inciter ou enjoindre des pratiques conformes au droit commun électoral et régler ainsi des questions qui auraient pu entraîner l'annulation du scrutin. En particulier, pour les contentieux qui naissent avant le déroulement du vote, le tribunal peut être saisi pour prendre toutes mesures de nature à permettre que le scrutin puisse s'effectuer dans de bonnes conditions : ordonner à l'employeur de mettre en œuvre le processus électoral si les conditions sont réunies, fixer les modalités de scrutin conformément aux textes légaux et au regard de la situation dans l'entreprise, fixer des modalités de contrôle du déroulement des élections (désignation d'un huissier, conservation des bulletins)...

Conformément au droit commun procédural, toute personne ayant un intérêt à agir peut saisir le tribunal d'un contentieux concernant le déroulement des élections ou les désignations de représentants syndicaux. De façon générale, deux parties ont un intérêt à agir : l'employeur, quelle que soit la question ; les organisations syndicales, la jurisprudence ayant précisé que l'action en contestation du processus électoral ou de la désignation d'un représentant syndical est une action pour la défense des intérêts collectifs des salariés. Les organisations syndicales sont recevables à agir même si elles ne sont pas représentatives et même si elles n'ont pas participé au processus électoral. Justifie également d'un intérêt à agir tout électeur pour les élections professionnelles ou tout salarié s'agissant de la désignation d'un représentant syndical, la jurisprudence admettant qu'un salarié de l'entreprise peut avoir intérêt à agir pour contester le mandat de représentant confié par un syndicat.

Le délai pour agir est généralement un délai bref, de 15 jours, certains délais pouvant être plus brefs encore (trois jours pour la contestation de la liste électorale).

