N° 453069
Mme C K... –

Demande d'avis

4ème et 1ère chambres réunies

Séance du 13 décembre 2021
Lecture du 29 décembre 2021

CONCLUSIONS

M. Raphaël Chambon, rapporteur public

Mme K..., était employée par le groupement d'intérêt économique (GIE) Comadis et exerçait le mandat de membre suppléant de la délégation du personnel au comité social et économique. Elle a contesté devant le tribunal administratif de Lyon la décision du 22 juillet 2019 de l'inspection du travail autorisant le GIE à la licencier pour inaptitude ainsi que la décision de la ministre du travail rejetant son recours hiérarchique contre cette décision.

A l'appui de son recours elle a notamment soutenu que la procédure était irrégulière faute pour l'employeur, qui comptait à la date de la décision attaquée une quarantaine de salariés, d'avoir consulté le comité social et économique sur le projet de licenciement.

Le TA vous a saisis d'une demande d'avis sur le fondement de l'article L. 113-1, vous interrogeant en substance sur le point de savoir si une telle consultation est prescrite dans les entreprises de moins de cinquante salariés, dans l'état du droit résultant de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, complétée par celle du 20 décembre 2017.[1]

Pour comprendre la demande d'avis, il faut revenir un peu en arrière, dans l'état du droit antérieur à cette réforme ayant fusionné les trois institutions représentatives du personnel

[1] Ordonnance n° 2017-1718 du 20 décembre 2017 visant à compléter et mettre en cohérence les dispositions prises en application de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

qu'étaient le délégué du personnel, le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et le comité d'entreprise en une seule : le comité social et économique.

Selon l'ancien article L. 2322-1 du code du travail, la création d'un comité d'entreprise était obligatoire dans toutes les entreprises employant au moins cinquante salariés. Dans celles de moins de cinquante salariés, un comité d'entreprise pouvait être mis en place par convention ou accord collectif de travail aux termes de l'ancien article L. 2322-3. L'institution d'un CHSCT était également obligatoire dans les entreprises de plus de cinquante salariés (article L. 4611-1). Des délégués du personnel étaient par ailleurs élus dans les entreprises d'au moins onze salariés (article L. 2312-1) et étaient investis des missions dévolues aux membres du CHSCT dans les établissements de moins de cinquante salariés dont les salariés n'étaient pas rattachés à un tel comité (article L. 4611-3).

L'article L. 2421-3 du même code prévoyait, dans sa rédaction alors en vigueur, que « *le licenciement envisagé par l'employeur d'un délégué du personnel ou d'un membre élu du comité d'entreprise titulaire ou suppléant, d'un représentant syndical au comité d'entreprise ou d'un représentant des salariés au comité d'hygiène de sécurité et des conditions de travail est soumis au comité d'entreprise, qui donne un avis sur le projet de licenciement. Lorsqu'il n'existe pas de comité d'entreprise dans l'établissement, l'inspecteur du travail est saisi directement* ».

Même si nous n'avons pas identifié de jurisprudence confirmant ou infirmant cette interprétation combattue par la ministre dans ses écritures, nous comprenons de ces dispositions que la consultation du comité d'entreprise était obligatoire en cas de projet de licencier l'un des salariés protégés qu'elles énumeraient, dès lors que le comité d'entreprise existait, que ce soit en vertu de la loi dans une entreprise de plus de 50 salariés ou en vertu d'un accord collectif dans une entreprise située en-deçà de ce seuil.

La fusion des institutions représentatives du personnel opérée par la réforme de 2017 a conduit à l'institution d'un comité social et économique dans toutes les entreprises d'au moins 11 salariés, prévue à l'article L. 2311-2 du code du travail dans sa nouvelle rédaction.

Le CSE a toutefois des attributions différentes selon que l'entreprise compte plus ou moins de 50 salariés.

Au sein du Titre Ier du Livre III de la deuxième partie du code du travail dédié au comité social et économique, le chapitre II consacré à ses attributions comporte une section 2 prévoyant un socle de compétences minimales applicable dans les entreprises comportant entre 11 et 50 salariés et une section 3 fixant des attributions étendues dans les entreprises au-delà de 50 salariés.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

L'article L. 2421-3 du code du travail, qui figure au livre IV de la deuxième partie du code et est relatif au licenciement de certains salariés protégés, a été modifié par voie de conséquence de la création du CSE.

Dans sa rédaction issue des ordonnances des 22 septembre et 20 décembre 2017, applicable au litige dont est saisi le TA de Lyon, relatif à la légalité d'une autorisation de licenciement délivrée en juin 2020 à une entreprise employant moins de 50 salariés, l'article L. 2421-3 dispose désormais que « *le licenciement envisagé par l'employeur d'un membre élu à la délégation du personnel au comité social et économique titulaire ou suppléant ou d'un représentant syndical au comité social et économique ou d'un représentant de proximité est soumis au comité social et économique, qui 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* », cet article précisant que « *lorsqu'il n'existe pas de comité social et économique dans l'établissement, l'inspecteur du travail est saisi directement* ».

On l'a dit, la section 3 du chapitre II du titre Ier du livre III définit les attributions du CSE dans les entreprises de plus de 50 salariés.

La question qui en découle est simple : cette nouvelle rédaction rend-elle obligatoire la consultation du CSE sur les projets de licenciement dans les seules entreprises de plus de 50 salariés ou dans toutes les entreprises dans lesquelles le CSE est obligatoire en vertu de la loi ? Dit autrement : la mention d'une consultation « dans les conditions prévues à la section 3 du chapitre II du titre Ier du livre III » renvoie-t-elle seulement aux modalités de consultation prévues à cette section ou restreint-elle la consultation obligatoire aux seules entreprises dont les attributions sont définies par cette section ?

Précisons que la question posée par le TA ne porte formellement que sur les CSE institués obligatoirement en application des dispositions légales et dotés des seules attributions prévues par la loi. L'article L. 2312-14 du code du travail dispose en effet que « *les dispositions du présent chapitre ne font pas obstacle aux dispositions plus favorables relatives aux attributions du comité social et économique résultant d'accords collectifs de travail ou d'usages* », ce qui permet à un accord collectif de donner au CSE des attributions supplémentaires.

Cette demande d'avis nous semble satisfaire les trois conditions posées par l'article L. 113-1. La question de droit est sans nul doute nouvelle ; elle est certainement susceptible de se poser dans de nombreux litiges et l'ambiguïté des textes applicables pose une difficulté que l'on peut regarder comme sérieuse.

Tentons d'abord d'examiner la signification du texte en se bornant à en faire une lecture littérale.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Cet exercice se révèle à nos yeux favorable à la thèse de Mme K.... Le texte semble clair dans une première approche : « *le licenciement envisagé par l'employeur (...) est soumis au CSE. (...) Lorsqu'il n'existe pas de CSE dans l'établissement, l'inspecteur du travail est saisi directement* ». Nulle restriction aux entreprises de plus de 50 salariés dans cette disposition ne figurant pas dans une subdivision du code portant sur les attributions du CSE dans ces seules entreprises mais dans un livre consacré aux salariés protégés applicable à toutes les entreprises.

Certes, une objection surgit aussitôt : « *dans les conditions prévues* » à la section définissant les attributions du CSE dans les entreprises de plus de 50 salariés. Il faut bien que cet ajout ait un sens et on peut supputer qu'il a été pensé pour restreindre l'obligation de consultation du CSE à ces seules entreprises. Mais cette section comporte, à la différence de la section 2 définissant les attributions de l'instance dans les entreprises de 11 à 50 salariés, non seulement des dispositions de fond définissant les compétences du CSE mais également des dispositions de nature procédurale, notamment l'article L. 2312-15 disposant que le CSE « *émet des avis et des vœux dans l'exercice de ses attributions consultatives* » et « *dispose à cette fin d'un délai d'examen suffisant et d'informations précises et écrites transmises ou mises à disposition par l'employeur, et de la réponse motivée de l'employeur à ses propres observations* ». Il n'est donc pas impossible de considérer que la locution « *dans les conditions prévues* » à la section 3 renvoie à ces dispositions procédurales et non au champ d'application de cette section, ce qui au demeurant est la lecture la plus naturelle de ladite locution. Si le législateur avait entendu établir la règle défendue par la ministre, on peut raisonnablement penser qu'il aurait écrit bien plus clairement que dans les entreprises d'au moins 50 salariés, le licenciement envisagé est soumis au CSE.

Les travaux préparatoires des deux ordonnances et de la loi les ayant ratifiées[2] ne nous sont hélas d'aucune aide pour éclairer la relative obscurité de la lettre des dispositions faisant l'objet de la demande d'avis.

Au-delà de l'interprétation littérale du texte, la ministre fait valoir que le rapport au président de la République sur l'ordonnance du 22 septembre 2017 indique que l'article 2 de l'ordonnance, qui modifie notamment l'article L. 2421-3, « définit à droit constant le cadre de la protection des salariés investis de fonctions représentatives ». La ministre en déduit que la consultation du CSE ne s'impose, aujourd'hui comme hier, que dans les entreprises d'au moins 50 salariés.

[2] Loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Relevons d'abord que ce toilettage à droit constant n'en est pas vraiment un : à la différence des codifications ou recodifications opérées par ordonnance sur le fondement d'une loi d'habilitation ayant prévu cette condition de constance du droit applicable, laquelle est dès lors une condition de conformité de l'ordonnance à l'habilitation du législateur et peut par suite prescrire au juge d'en faire une interprétation conforme à ladite habilitation, le droit constant n'a ici pas de véritable portée juridique et on comprend bien pourquoi : parler de droit constant pour une réforme qui fusionne trois institutions représentatives du personnel est un peu délicat…

Observons surtout que si le droit constant peut s'interpréter comme maintenant le caractère obligatoire d'une consultation du CSE dans les seules entreprises de plus de 50 salariés, comme le soutient la ministre du travail, il peut aussi signifier qu'est conservée la consultation obligatoire du CSE dès lors qu'il existe, ce qui est la thèse défendue par Mme K....

La thèse de la ministre peut cependant se prévaloir d'un argument de poids. Derrière la façade de la fusion des IRP et de la création d'une unique institution dans toutes les entreprises d'au moins onze salariés on entrevoit facilement la persistance de la *summa divisio* antérieure entre les entreprises de plus ou moins de 50 salariés. Les attributions du CSE institué dans les entreprises entre 11 et 50 salariés sont pour l'essentiel celles des anciens délégués du personnel. Comme ces délégués, la délégation du personnel au CSE a pour mission de présenter à l'employeur les réclamations individuelles ou collectives relatives aux salaires, à l'application du code du travail et des autres dispositions légales concernant notamment la protection sociale, ainsi que des conventions et accords applicables dans l'entreprise et de saisir l'inspection du travail de toutes les plaintes et observations relatives à l'application des dispositions légales dont elle est chargée d'assurer le contrôle. Elle se voit certes investie en outre de la mission de contribuer à promouvoir la santé, la sécurité et l'amélioration des conditions de travail dans l'entreprise et de réaliser des enquêtes en matière d'accidents du travail ou de maladies professionnelles ou à caractère professionnel mais il s'agit là de missions anciennement dévolues au CHSCT. De même pour la possibilité d'exercer le droit d'alerte dans les conditions prévues aux articles L. 2312-59 et L. 2312-60, en cas d'atteinte aux droits des personnes ou en situation de danger grave et imminent ainsi qu'en matière de santé publique et d'environnement.

Les attributions dévolues hier au comité d'entreprise restent ainsi pour l'essentiel réservées aux CSE institués dans les entreprises d'au moins 50 salariés.

On peut déduire de cette permanence des compétences des IRP selon la taille de l'entreprise que la consultation du CSE sur le licenciement des membres de ces IRP reste requise dans les seules entreprises d'au moins 50 salariés. C'est d'ailleurs la lecture faite par certains exégètes de l'article L. 2421-3[3].

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Cette lecture laisse cependant subsister un sentiment de malaise : comment justifier que le CSE ne soit pas consulté sur le licenciement de l'un de ses membres, au seul motif que l'entreprise compte moins de 50 salariés ? C'est priver de toute portée réelle, s'agissant de ses effets sur le licenciement des salariés protégés, la constitution d'un CSE dans toutes les entreprises d'au moins 11 salariés…

Ce malaise doit cependant céder le pas devant la clarté des dispositions réglementaires prises pour l'application des dispositions législatives dont nous vous avons présenté la relative ambiguïté.

L'article R. 2421-8 du code du travail relatif à la procédure applicable en cas de licenciement d'un délégué du personnel, membre du CE ou du CHSCT prévoyait jusqu'alors la tenue de l'entretien préalable au licenciement avant la consultation du comité d'entreprise faite en application de l'article L. 2421-3 et précisait qu'à défaut de comité d'entreprise, cet entretien a lieu avant la présentation de la demande d'autorisation de licenciement à l'inspecteur du travail. Dorénavant consacré à la procédure applicable en cas de licenciement d'un membre de la délégation du personnel au CSE ou d'un représentant de proximité, cet article a été modifié par le décret n° 2017-1819 du 29 décembre 2017 relatif au comité social et économique. Prévoyant toujours que l'entretien préalable au licenciement a lieu avant la consultation du CSE faite en application de l'article L. 2421-3, il distingue deux hypothèses :

- si l'avis du CSE n'est pas requis dans les conditions définies à l'article L. 2421-3 (il est fait référence à l'article L. 2431-3, lequel n'existe pas, mais il s'agit à l'évidence d'une coquille), cet entretien a lieu avant la présentation de la demande d'autorisation de licenciement à l'inspecteur du travail ;
- à défaut de comité social et économique, cet entretien a lieu avant la présentation de la demande d'autorisation de licenciement à l'inspecteur du travail.

Cette rédaction qui distingue l'hypothèse dans laquelle la consultation n'est pas requise et celle dans laquelle il n'existe pas de CSE induit que ces deux hypothèses sont distinctes et que la première, soit celle d'un CSE dont l'avis ne serait pas requis en application de l'article L. 2421-3, existe bien.

Il nous semble que cette disposition réglementaire achève de faire peser la balance en faveur de la thèse défendue par la ministre, quelque réticence que nous ayons à la faire nôtre.

---

[3] Par exemple : Feuillet Rapide Fiscal Social 5/18 (Réforme du Code du travail : paru le 12/01/18) : § 29 Des ajustements sur la procédure de rupture du contrat de travail des salariés protégés. Voir aussi : Mémento Comité social et économique et autres représentants du personnel 2021, § 45160.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Vous pourrez répondre au TA que l'article L. 2421-3 du code du travail dans sa rédaction en vigueur impose la consultation du CSE dans les cas qu'il envisage dans les seules entreprises d'au moins 50 salariés.

Même s'il ne vous a pas interrogé explicitement sur ce point, vous pourrez utilement préciser que la consultation du CSE s'impose également dans les entreprises comptant entre 11 et 50 salariés si un accord collectif a accordé cette compétence au CSE, comme le permet l'article L. 2312-14 du code du travail.

Inversement, l'inspecteur du travail est saisi directement dans les entreprises ne comportant pas de CSE ainsi que dans celles comptant entre 11 et 50 salariés lorsqu'aucun accord collectif n'a rendu une telle consultation obligatoire.

Tel est le sens de nos conclusions.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.