

CONCLUSIONS

M. Raphaël CHAMBON, Rapporteur public

Selon l'article L. 1232-4 du code du travail, un salarié dont le licenciement est envisagé par son employeur, peut se faire assister, au cours de l'entretien préalable auquel l'employeur est tenu de le convoquer, par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise. Cet article précise que « *lorsqu'il n'y a pas d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise, le salarié peut se faire assister soit par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise, soit par un conseiller du salarié choisi sur une liste dressée par l'autorité administrative* ». La lettre de convocation à l'entretien préalable doit, aux termes de l'article R. 1232-1 du même code¹ rappeler que le salarié peut se faire assister pour cet entretien par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise ou, en l'absence d'institutions représentatives dans l'entreprise, par un conseiller du salarié, l'absence de représentants du personnel s'appréciant dans le cadre de l'entreprise et non d'un établissement (Soc., 26 novembre 1996, n° 95-42.457, Bulletin 1996 V N° 404, RJS 1/97 n° 20).

Dès lors que l'entreprise comporte au moins un représentant du personnel, la mention de la possibilité de se faire assister par un conseiller du salarié est non seulement inutile mais elle donne au salarié une option qui n'existe pas et est susceptible de lui causer un préjudice (Soc., 19 novembre 2008, n° 07-43.191, RJS 3/09 n° 237).

La présence d'un délégué syndical suffit à interdire le recours à un conseiller du salarié (Soc., 19 février 2002, n° 00-40.657, Bulletin civil 2002, V, n° 68, RJS 5/02 n° 547), mais pas

¹ Dont l'origine remonter sur ce point au décret n°89-732 du 11 octobre 1989.

celle d'un représentant des salariés désigné dans une entreprise en redressement judiciaire en application de l'article L. 621-8 du code de commerce, lequel dispose d'attributions limitées aux seuls actes relatifs à la procédure collective ouverte à l'égard de l'entreprise qui l'emploie et ne peut, dès lors, être considéré comme une institution représentative du personnel au sens du code du travail (Soc., 27 juin 2002, n° 00-41.893, Bulletin civil 2002, V, n° 223).

La question posée par la présente affaire est inédite dans votre jurisprudence : lorsque le salarié dont le licenciement est envisagé est titulaire d'un mandat mais se trouve être le seul représentant du personnel dans l'entreprise, convient-il de lui appliquer les dispositions relatives aux entreprises dénuées d'institutions représentatives du personnel et partant d'imposer que le courrier de convocation de l'employeur mentionne la possibilité de se faire assister par un conseiller du salarié ?

La société Chaumeil Ile-de-France, spécialisée dans le secteur de la photocopie et préparation de documents, a demandé à l'inspection du travail l'autorisation de licencier pour inaptitude M. H..., alors délégué du personnel². L'inspecteur du travail a rejeté cette demande le 27 avril 2017 au motif qu'elle présentait un lien avec le mandat exercé par le salarié. La ministre du travail a rejeté le 18 janvier 2018 le recours hiérarchique de son employeur par une décision expresse. Sa décision est quelque peu étrange : muette sur le motif de refus retenu par l'inspecteur du travail, elle rejette le recours de la société en retenant un autre motif de refus de la demande d'autorisation, tiré de ce que le salarié étant le seul représentant du personnel au sein de l'entreprise, il disposait du droit de se faire assister par un conseiller du salarié, l'omission de la mention d'une telle possibilité dans la lettre de convocation à l'entretien préalable entachant la procédure d'une irrégularité constitutive d'un vice substantiel s'opposant à l'octroi de l'autorisation de licenciement sollicitée. Statuant sur la légalité de la décision de l'inspecteur du travail, la ministre aurait dû, si elle ne partageait pas l'appréciation de l'inspecteur quant au lien avec le mandat, d'abord annuler sa décision avant de statuer elle-même sur la demande d'autorisation et la rejeter pour le motif qu'illégalité qu'elle a retenu.

Le tribunal administratif de Cergy-Pontoise a rejeté le recours pour excès de pouvoir introduit par la société contre les deux décisions, celles de l'inspecteur du travail et celle de la ministre, la seconde, rendue sur recours hiérarchique dénué de caractère obligatoire, ne s'étant pas substituée à la première (4/5 SSR, 5 septembre 2008, *Société Sapa Profiles Puget*, n° 303707, aux Tables). Saisie en appel par la société, la cour a censuré le motif de refus retenu par l'inspecteur du travail en estimant que la demande d'autorisation n'était pas en lien avec le mandat mais a fait droit à la substitution de motifs demandée en défense par la ministre en retenant l'irrégularité de la convocation à l'entretien préalable.

² Il a été ultérieurement élu conseiller prud'homal.

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.

La cour a jugé que dès lors que M. H... était le seul représentant du personnel dans l'établissement, sa situation devait être assimilée à celle dans laquelle se trouve tout salarié dont l'entreprise est dépourvue d'IRP.

La société Chaumeil Ile de France, à l'appui de son pourvoi en cassation contre l'arrêt de la cour, conteste fermement cette analyse. Elle fait valoir à juste titre que la lettre du texte ne plaide pas en sa faveur, la distinction qu'il opère étant univoque, selon que l'entreprise comporte ou non des institutions représentatives du personnel, étant précisé qu'il n'est pas contesté que l'entreprise employant M. H... n'en est à l'évidence pas dépourvue dès lors qu'un délégué du personnel y a été élu. Elle souligne que les dispositions législatives ne font aucunement dépendre les mentions devant figurer dans la lettre de convocation du statut du salarié dont le licenciement est envisagé, la circonstance qu'il soit ou non lui-même représentant du personnel étant indifférente. Elle invoque aussi la jurisprudence judiciaire qui témoigne selon elle de l'interprétation stricte des dispositions litigieuses par la Cour de cassation, qui les a par exemple jugés applicables uniquement au personnel des entreprises et par suite pas au personnel employé de maison au sens de l'ancien article L. 772-1 du code du travail (Soc., 5 janvier 1999, n° 96-45.202).

Cette argumentation ne nous convainc toutefois pas de censurer l'approche pragmatique et finaliste retenue par la cour qui nous semble bienvenue.

Rappelons d'abord que la Cour de cassation et vous-mêmes avez déjà faite vôtre une telle démarche en jugeant, malgré la lettre du texte, que lorsque l'entreprise appartient à unité économique et sociale (UES) dotée d'institutions représentatives du personnel, la lettre de convocation à l'entretien préalable au licenciement doit mentionner la possibilité pour le salarié convoqué de se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise ou d'une autre entreprise appartenant à l'UES (Soc., 8 juin 2011, n° 10-14.650, Bull. 2011, V, n° 140, RJS 8-9/11 n° 672 ; 4/1 CHR, 12 juin 2019, *Société Véolia Eau*, n° 408970, aux Tables).

Dans ses conclusions sur cette dernière décision, Frédéric Dieu justifiait cette solution, fondée sur la prise en compte de la situation concrète de l'entreprise, par l'objet même de l'UES qui est d'organiser la représentation collective du personnel des entreprises qui y sont rattachées.

De la même manière, il nous semble que la solution retenue par la CAA de Versailles est justifiée par l'esprit des dispositions relatives à l'assistance du salarié lors de l'entretien préalable. En prévoyant, par dérogation au principe selon lequel le salarié peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise, la possibilité de se

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.

faire assister par un conseiller du salarié en l'absence d'IRP dans l'entreprise, le législateur a entendu préserver en toute circonstance et pour tout salarié la possibilité de faire appel à un tiers particulièrement qualifié en matière de représentation du personnel, plus à même de le défendre efficacement qu'un salarié dénué de tout mandat. Retenir la thèse défendue par le pourvoi aboutirait dans le cas particulier rencontré en l'espèce à rendre impossible l'assistance par le titulaire d'un mandat syndical ou de représentant du personnel ou par un conseiller du salarié, étant rappelé que les conseillers du salarié sont choisis en fonction de leur expérience des relations professionnelles et de leurs connaissances du droit social³ et bénéficient d'un droit à la formation pour l'exercice de leurs missions⁴. La circonstance que le salarié soit lui-même un représentant du personnel ne suffit pas à justifier une telle solution car il est à l'évidence très différent de se défendre soi-même et de défendre un collègue.

La finalité protectrice poursuivie par le législateur exige donc à nos yeux de faire vôtre la position adoptée par la cour de Versailles, qui avait déjà été retenue par la CAA de Paris dans un arrêt du 9 décembre 2013 (*SCP Benichou, Legrain, Berruer*, n° 13PA01670).

La société requérante critique en second lieu les motifs par lesquels la cour administrative d'appel a refusé de neutraliser l'irrégularité qu'elle a caractérisée alors qu'elle a elle-même relevé que M. H... s'était présenté à l'entretien préalable à son licenciement avec un conseiller du salarié.

Pour refuser cette neutralisation, la cour a retenu qu'il ne ressortait pas des pièces du dossier que le salarié aurait été informé, par un autre moyen et dans le délai de cinq jours imparti par l'article L. 1232-2 du code du travail, de la possibilité de se faire assister par un conseiller du salarié, relevant au surplus qu'il avait déclaré lors de l'audience, sans être contredit, qu'il n'avait obtenu l'information d'une possible assistance par un conseiller du salarié que la veille de son entretien.

Vous aurez reconnu dans ces motifs ceux de votre décision *Société Véolia Eau* déjà mentionnée, par laquelle vous avez également jugé que s'il résulte des articles L. 1232-2, L. 1232-4 et R. 1232-1 du code du travail que la lettre de convocation à l'entretien préalable au licenciement d'un salarié protégé doit mentionner les modalités d'assistance du salarié applicables en fonction de la situation de l'entreprise, la procédure n'est toutefois pas entachée d'irrégularité s'il est établi que le salarié a été pleinement informé, en temps utile, des modalités d'assistance auxquelles il avait droit, en fonction de la situation de l'entreprise, pour son entretien préalable.

³ Article D. 1232-4 du code du travail.

⁴ Article L. 1232-12 du code du travail.

Contrairement à ce qui est soutenu, la cour ne pouvait s'en tenir au seul constat que le salarié s'était bien présenté à l'entretien avec un conseiller du salarié.

La Cour de Cassation juge ainsi que l'omission de la mention de la faculté pour le salarié de se faire assister par un conseiller du salarié rend la procédure irrégulière, même si un conseiller du salarié a malgré tout assisté le salarié (Soc., 24 septembre 2008, n° 07-40.061, RJS 12/08 n° 1175 ; Soc., 21 janvier 2009, pourvoi n° 07-42.985, Bull. 2009, V, n° 16, RJS 4/09 n° 329).

Dans votre décision *Véolia*, vous avez refusé d'étendre la neutralisation au seul motif que le salarié ait effectivement bénéficié de l'assistance à laquelle il avait droit. Notre collègue F. Dieu justifiait cette rigueur apparente en indiquant que le droit reconnu au salarié consiste pour lui à être investi et informé d'une liberté de choix, si bien que c'est l'existence de cette information qui atteste du respect de ce droit et non la circonstance qu'il a été effectivement assisté. Même si la solution peut paraître sévère, nous adhérons à cette logique. Le cas d'espèce illustre bien les limites du raisonnement proposé par la société requérante : si le salarié n'a été informé que la veille de l'entretien de la possibilité de se faire assister par un conseiller du salarié, celui-ci, prévenu en dernière minute, n'aura pas eu le temps de préparer sérieusement l'entretien afin de l'assister efficacement. Le salarié n'aura en outre pas nécessairement pu le choisir librement parmi la liste des conseillers du salarié, contraint dans une telle urgence de se contenter de celui qui est disponible au pied levé. Il convient donc de vérifier si l'information requise a été apportée au salarié en temps utile.

La cour, qui a entendu se conformer à ce que vous avez jugé dans votre décision *Véolia*, n'a donc pas commis l'erreur de droit alléguée et vous écarterez le moyen. Pour ce faire, vous ne serez pas tenu de prendre parti sur l'interprétation qu'a faite la cour, non contestée par le pourvoi, de la locution « en temps utile » employée dans votre décision *Véolia*. La cour a jugé que pour qu'un salarié soit regardé comme ayant été pleinement informé, en temps utile, des modalités d'assistance auxquelles il avait droit, il devait avoir bénéficié de ladite information au moins 5 jours avant l'entretien préalable, soit le délai de convocation à l'entretien préalable prévu par l'article par l'article L. 1232-2 du code du travail. Cette solution nous semble devoir être approuvée, car elle est la plus conforme au texte, le substitut à l'obligation définie par le code du travail devant respecter le même délai, et pour des considérations liées à la sécurité juridique : c'est la solution la plus simple pour les employeurs comme pour l'administration car elle est claire et le respect de la règle est facile à contrôler.

PCMNC au rejet du pourvoi et à ce que vous mettiez à la charge de la société requérante le versement de la somme de 3 000 euros à la SCP Bouzidi, Bouhanna, avocat de M. H..., au titre des articles L. 761-1 du code de justice administrative et 37 de la loi du

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.

10 juillet 1991, sous réserve que cette SCP renonce à percevoir la somme correspondant à la part contributive de l'Etat.

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.