

# COMMISSION OUVERTE **SOCIAL**

RESPONSABLES : PAUL BOUAZIZ ET ALAIN SUTRA



Lundi 10 juin 2013

Le licenciement et le transfert  
des salariés protégés.

Séance n°2 : la procédure  
contentieuse

Formation organisée par la sous-commission «Juridictions administratives, autorités administratives Indépendantes et Institutions supra nationales» de la commission ouverte de droit social (Responsables : Yasmine Tarasewicz et Muriel Komly Nallier)

Par Brigitte Jarreau, présidente de la 6<sup>ème</sup> chambre du Tribunal administratif de Montreuil et Olivier Coudray, avocat aux Conseils



*Présentes à cette occasion, les éditions Lexbase vous proposent de retrouver un compte-rendu de cette réunion.*

[Licenciement] Evénement

## La procédure contentieuse lors du licenciement des salariés protégés — Compte rendu de la réunion de la Commission ouverte de droit social du barreau de Paris

N° Lexbase : N9253BTU



par *La rédaction*

La Commission ouverte de droit social organisait, le 10 juin 2013, sous la responsabilité de Paul Bouaziz et Alain Sutra, avocats à la cour, une réunion portant sur la procédure contentieuse lors du licenciement des salariés protégés à laquelle intervenaient, également, Brigitte Jarreau Présidente de la 6<sup>ème</sup> chambre du tribunal administratif de Melun et Olivier Coudray, avocat aux Conseils. Présentes à cette occasion, les éditions juridiques Lexbase vous proposent de retrouver le compte rendu de cette réunion.

En 2007, les inspecteurs du travail ont rendu 37 000 décisions dont 20 000 concernaient des autorisations de licenciement. Une autorisation était accordée dans 80 % des cas. 2/3 des demandes se situaient dans un contexte économique, le taux de refus étant relativement faible en matière économique.

C'est une matière particulière, un contentieux original, pour les juridictions administratives, l'administration se retrouve en position de tiers institutionnel dans un conflit déjà existant. L'administration a ainsi un rôle d'arbitre.

### I — Les modalités de contrôle exercées par les juridictions administratives

**Brigitte Jarreau, Présidente de la sixième chambre du tribunal administratif de Melun** opère tout d'abord, un rappel important : la demande d'autorisation de licenciement du salarié protégé doit mentionner tous les mandats détenus par le salarié. De nombreuses annulations sont prononcées lorsque l'employeur omet de préciser un mandat. Le Conseil d'Etat a rappelé ce principe dans deux arrêts de 2009 (1).

La question de la communication des pièces au salarié est également importante. Faut-il respecter le contradictoire dès l'enquête de l'inspecteur du travail ? Le Conseil d'Etat a apporté une réponse positive dans un arrêt de 2006 (2). Cette jurisprudence s'est développée par deux arrêts rendus en 2010 (3) et 2012 (4).

Brigitte Jarreau rappelle que :

— l'inspecteur du travail doit communiquer l'ensemble des pièces produites par l'employeur ;

— la communication doit avoir lieu avant que l'inspecteur du travail statue dans des conditions et des délais permettant au salarié de présenter utilement sa défense ;

— c'est seulement lorsque l'accès à certains éléments serait de nature à porter gravement préjudice à leurs auteurs que l'inspecteur doit se limiter à informer le salarié protégé de façon suffisamment circonstanciée de leurs teneurs (ex : en cas de situation de harcèlement moral commis par le salarié protégé).

**Olivier Coudray, avocat aux Conseils** attire l'attention de l'assemblée sur la situation de l'existence d'un recours hiérarchique. Ce recours entraîne des enquêtes effectuées par la direction régionale du travail. Ces éléments sont à la disposition des parties et il ne faut pas hésiter à les demander, ces derniers étant extrêmement précis.

Deux types de recours administratif existent : le recours gracieux (recours auprès de l'inspecteur du travail, l'autorité qui a pris la décision) et le recours hiérarchique auprès du ministre. Il ne faut pas normalement enchaîner recours gracieux et hiérarchique si l'on veut préserver les délais de recours contentieux.

Quel que soit le type de recours, l'employeur ou le salarié doit pouvoir présenter ses observations, les pièces du dossier devant donc être communiquées. En effet, le salarié ou l'employeur est titulaire d'une décision créatrice de droits (5). Le contradictoire doit donc être respecté.

**Le recours gracieux.** L'inspecteur du travail dispose d'un délai de deux mois, à compter de la réception du recours gracieux, pour statuer. A l'expiration de ce délai, il y aura un rejet implicite. En application de la jurisprudence "Ternon" (6), l'inspecteur du travail ne peut plus retirer sa décision explicite illégale après un délai de quatre mois courant à compter de la signature de cette décision (CE, 21 décembre 2007, n° 285 515, publié au recueil Lebon N° Lexbase : A1487D3H). L'inspecteur peut ainsi modifier cette décision avant que ce délai de quatre mois ne soit écoulé

**Le recours hiérarchique.** Ce recours est prévu dans le Code du travail (C. trav., art. R. 2422-1 N° Lexbase : L5130ICY). Il est introduit dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision de l'inspecteur. Si le requérant ne respecte pas le délai de deux mois pour former un recours hiérarchique, le ministre rejettera obligatoirement le recours contre la décision de l'inspecteur du travail. Il s'agit d'une compétence liée (7). C'est la date de réception qui compte (CAA Marseille, 7ème ch., 1er octobre 2009, n° 07MA02 698 N° Lexbase : A2877ENU).

Il existe également un mécanisme de décision implicite. Le silence gardé pendant plus de quatre mois sur ce recours vaut décision de rejet (8).

Il est important de préciser, pour Brigitte Jarreau, que le ministre du Travail n'a pas à justifier sa décision qui est en contradiction avec celle de l'inspecteur du travail (CE, 8° et 3° s-sr., 29 décembre 2000, n° 207 613, mentionné aux tables du recueil Lebon N° Lexbase : A2115A18).

Le Conseil d'Etat a, également, précisé que lorsqu'il est saisi d'un recours hiérarchique contre une décision d'un inspecteur du travail statuant sur une demande d'autorisation de licenciement d'un salarié protégé, le ministre compétent peut confirmer cette décision. Dans cette situation, le ministre doit si la décision est illégale l'annuler, puis se prononcer de nouveau sur la demande d'autorisation de licenciement au regard des circonstances de droit et de fait à la date à laquelle il prend sa propre décision. *Quid* de la situation où le salarié perd sa protection au cours du recours ? Le ministre doit alors se déclarer incompétent pour statuer sur la demande (9). En effet, pour Olivier Coudray, lorsque le ministre statue sur le recours hiérarchique, sa décision d'annulation intervient en fonction des éléments de fait et de droit existant à la date de cette décision.

Le ministre peut retirer sa décision uniquement s'il a pris une décision expresse illégale. En cas de décision implicite, la jurisprudence "Ternon" ne s'applique pas.

1/3 des décisions pour motif disciplinaire sont annulées par le ministre. Brigitte Jarreau constate une divergence de plus en plus fréquente entre la décision de l'inspecteur et celle du ministre.

**Quel est le choix à faire entre recours hiérarchique et recours gracieux ?** C'est une problématique de choix

récurrente pour Olivier Coudray. Un seul recours va interrompre le recours du délai contentieux. Le recours gracieux est plus utile si l'avocat est en mesure de répondre aux pièces manquantes soulevées par l'inspecteur du travail. Si lesdites pièces ne sont pas en sa possession, une autre autorité, à la suite d'une nouvelle enquête, pourra avoir une appréciation différente. Le ministre peut prendre en compte des éléments postérieurs pour statuer sur une situation antérieure (10).

Il est à noter cependant que lorsque, dans le délai initial du recours contentieux ouvert à l'encontre d'une décision administrative, sont exercés contre cette décision un recours gracieux et un recours hiérarchique, le délai ne recommence à courir que lorsqu'ils ont été l'un et l'autre rejetés (CE 4<sup>e</sup> et 5<sup>e</sup> s-s-r., 7 octobre 2009, n° 322 581, publié au recueil Lebon N° Lexbase : A0786EM3).

En cas de décision implicite, le délai ne court que s'il existe un accusé de réception.

**La compétence du tribunal.** Le tribunal administratif compétent est celui dans le ressort duquel se trouve l'établissement auquel se trouve rattaché le salarié protégé (CJA, art. R. 312-10 N° Lexbase : L5956IGP).

**Les procédures d'urgence.** Peut-on faire un référé pour demander la suspension de la décision de l'inspecteur du travail (procédure de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative)? Pour le Conseil d'Etat, on ne peut demander la suspension d'une décision entièrement exécutée. Or, la décision qui autorise le licenciement est très rapidement exécutée (11). Le juge se réfère à la date d'envoi par l'employeur de la lettre de licenciement (12).

Il est à noter cependant que, dans le cadre d'un référé liberté énoncé à l'article L. 521-2 du Code de justice administrative, dans un arrêt du 4 octobre 2004 (13), le Conseil d'Etat a estimé que la décision par laquelle l'inspecteur du travail refuse d'autoriser le licenciement d'un salarié protégé qui lui est demandé à raison de faits de harcèlement moral sur ses subordonnés peut, par ses conséquences, porter atteinte à une liberté fondamentale.

**La motivation de la requête.** Le Code de justice administrative énonce qu'une requête doit comporter des faits, des moyens, des conclusions avant l'expiration du délai de recours. C'est une requête motivée et non une déclaration de recours souligne Brigitte Jarreau. Doivent être soulevés des moyens de légalité externe (compétence de l'auteur de la décision, irrégularité de l'enquête de l'inspecteur du travail, manque de motivation de la décision de l'inspecteur du travail) et des moyens de légalité interne (comme, par exemple, procédure interne à l'entreprise). Il ne faut pas oublier, lorsque l'hypothèse se présente, de demander dans le dispositif, à la fois, l'annulation de la décision de l'inspecteur du travail et l'annulation de la décision du ministre (14).

**Le déroulement de la procédure.** La clôture de l'instruction intervient au moins trois jours francs avant l'audience. Il est important de respecter strictement ces délais afin de permettre un traitement plus rapide de la procédure.

Brigitte Jarreau souligne que les délais dans les tribunaux administratifs ont tendance à s'améliorer. La moyenne nationale est de 13 % de dossiers ayant plus de deux ans. L'avis d'audience sera reçu quinze jours à trois semaines avant celle-ci.

Elle insiste sur le régime de la note en délibéré instauré par le Conseil d'Etat dans un arrêt du 10 juillet 2002 (CE 5<sup>e</sup> et 7<sup>e</sup> s-s-r., 12 juillet 2002, n° 236 125, publié au recueil Lebon N° Lexbase : A1581AZL), qui permet d'adresser des écritures à la formation de jugement après l'audience, donc après avoir entendu les conclusions du rapporteur public. Le juge n'est tenu de rouvrir l'instruction qu'en présence d'une circonstance de fait ou de droit nouvelle. Olivier Coudray souligne la difficulté de la rédaction d'une note en délibéré. Il faut essayer de déceler "les hésitations", les divergences entre le rapporteur public et la formation du jugement.

La lecture de la décision intervient en règle générale quinze jours après l'audience.

**Les effets du jugement.** Si une décision d'autorisation est annulée, l'administration se retrouve saisie de la demande d'autorisation. Il est cependant possible de demander au juge de prononcer une injonction (CJA, art. L. 911-1 N° Lexbase : L3329ALU). Ainsi, lorsque sa décision implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne une mesure d'exécution dans un sens déterminé, la juridiction, saisie de conclusions en ce sens, prescrit, par la même décision, cette mesure assortie, le cas échéant, d'un délai d'exécution. C'est cependant une hypothèse rare.

Lorsque sa décision implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne à nouveau une décision après une nouvelle instruction, la juridiction, saisie de conclusions en ce sens, prescrit, par la même décision juridictionnelle, que cette nouvelle décision doit intervenir dans un délai déterminé (CJA, art. L. 911-2 N° Lexbase : L3330ALW). Selon Olivier Coudray, il est nécessaire de rappeler à l'administration que l'une des conséquences de l'annulation de la décision est qu'elle

est de nouveau saisie. Il ne faut donc pas hésiter à lui écrire pour rappeler cette obligation.

Il est à noter qu'en cas d'inexécution d'un jugement ou d'un arrêt, la partie intéressée peut demander au tribunal administratif ou à la cour administrative d'appel qui a rendu la décision d'en assurer l'exécution (CJA, art. L. 911-4 N° Lexbase : L3332ALY). Toutefois, en cas d'inexécution d'un jugement frappé d'appel, la demande d'exécution est adressée à la juridiction d'appel. Si le jugement ou l'arrêt dont l'exécution est demandée n'a pas défini les mesures d'exécution, la juridiction saisie procède à cette définition. Elle peut fixer un délai d'exécution et prononcer une astreinte. Le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel peut renvoyer la demande d'exécution au Conseil d'Etat.

**Les voies de recours.** L'appel est deux mois et n'a pas d'effet suspensif. Les mêmes règles de présentation des requêtes s'appliquent.

**Le contenu du contrôle.** Depuis 2006, Brigitte Jarreau analyse des alignements de jurisprudence entre le Conseil d'Etat et la Chambre sociale de la Cour de cassation, le juge naturel en la matière étant le juge prud'homal. Le tribunal administratif n'est que juge d'une partie du contentieux.

La divergence la plus manifeste porte sur l'annulation d'un plan social alors que l'administration avait autorisé le licenciement. La Cour de cassation, dans un arrêt en date du 22 juin 2004, est venue affirmer que les salariés dont le licenciement a été autorisé par l'inspecteur du travail peuvent contester la validité du plan social devant la juridiction judiciaire et lui demander d'en tirer les conséquences sans que cette contestation, qui ne concerne pas le bien fondé de la décision administrative ayant autorisé le licenciement, porte atteinte au principe de séparation des pouvoirs (Cass. soc., 22 juin 2004, n° 01-44.558, FS-P+B N° Lexbase : A7962DCU).

Des questions préjudicielles sont envisageables mais rares. Ces questions doivent être sérieuses et portent notamment sur la qualification du contrat.

La dualité de juridiction pose également la question de l'autorité de la chose jugée. Le juge administratif n'est tenu que par les décisions définitives. Il n'est cependant pas tenu par une décision de relaxe du juge pénal (il en va de même pour une décision de classement sans suite). Pour les jugements civils, l'article 1351 du Code civil (N° Lexbase : L1460ABP) est appliqué. *"L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité"*.

Ainsi, selon la Chambre sociale, si l'absence de cause réelle et sérieuse de licenciement ne résulte pas, en soi, de l'annulation de l'autorisation de licenciement, la décision du juge administratif se prononçant sur les faits fautifs invoqués par l'employeur ayant retenu que ces faits n'étaient pas établis ou ne justifiaient pas la mesure de licenciement, celle-ci s'oppose à ce que le juge judiciaire, appréciant les mêmes faits, décide qu'ils constituent une cause réelle et sérieuse de licenciement (Cass. soc., 26 septembre 2007, n° 05-42.599, FS-P+B+R (N° Lexbase : A5778DYN)). Mais, si le juge administratif statue sur renvoi préjudiciel du juge judiciaire et déclare illégale l'autorisation, le juge judiciaire se prononce sur la cause réelle et sérieuse du licenciement (Cass. soc., 26 septembre 2007, n° 05-45.665, FS-P+B+R N° Lexbase : A5784DYU).

**Le régime de la preuve.** Le juge administratif applique-t-il un système de preuve ? C'est un système de preuve objective (14). Mais y a-t-il une place pour la notion de doute applicable en droit du travail ? Selon Brigitte Jarreau, le doute est appliqué sans être nécessairement écrit (15).

## II — L'analyse du contrôle

Brigitte Jarreau rappelle que l'administration est obligée de refuser toute autorisation dès lors que le licenciement n'est pas dépourvu de lien avec le mandat (16). Il s'agit d'une compétence liée de l'administration. Il suffit que la décision de licenciement prise par l'employeur soit en rapport avec l'exercice du mandat même si celui-ci n'est qu'accessoire. L'existence d'une faute grave dans ce cas de compétence liée ne revêt alors aucune importance.

L'administration contrôle dans cet objectif de censure des éventuelles discriminations, les efforts de reclassement. Par exemple, le non-respect de l'ordre des licenciements peut être un indice. Il faut reprendre ce moyen en le mettant en rapport avec l'existence possible d'une discrimination liée au mandat.

---

(1) CE, 4° et 5° s-s-r., 20 mars 2009, n° 309 195, inédit au recueil Lebon N° Lexbase : A1843EEY) et CE, 4° et 5° s-s-r., 7 décembre 2009, n° 315 588, mentionné au tables du recueil Lebon (N° Lexbase : A4305EP7) (il était précisé que le délégué était suppléant et non titulaire).

- (2) CE Contentieux, 24 novembre 2006, n° 284 208, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : A5482DST).
- (3) CE 4° et 5° s-s-r., 15 décembre 2010, n° 325 838, mentionné aux tables du recueil Lebon N° Lexbase : A6687GNY); l'obligation du respect d'une enquête contradictoire par l'inspecteur du travail, énoncée à l'article R. 2421-11 du Code du travail (N° Lexbase : L0039IAP), n'est pas respectée lorsque le salarié n'a pas été informé de son droit d'accès à des pièces produites par l'employeur.
- (4) CE 4° et 5° s-s-r., 22 février 2012, n° 346 307, mentionné aux tables du recueil Lebon (N° Lexbase : A3415IDT); le caractère contradictoire d'une enquête impose à l'autorité administrative, saisie d'une demande d'autorisation de licenciement d'un salarié protégé fondée sur un motif disciplinaire, d'informer le salarié concerné des agissements qui lui sont reprochés et de l'identité des personnes qui en ont témoigné.
- (5) CE, deux arrêts, 4° et 5° s-s-r., 3 septembre 2009, n° 301 095, mentionné aux tables du recueil Lebon (N° Lexbase : A7459EKH) et n° 310 451, inédit au recueil Lebon (N° Lexbase : A7474EKZ); les décisions individuelles, qui doivent être motivées, n'interviennent qu'après que la personne intéressée a été mise à même de présenter des observations écrites et, le cas échéant, sur sa demande, des observations orales.
- (6) CE Contentieux, 26 octobre 2001, n° 197 018, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : A1913AX7).
- (7) CE Contentieux, 27 février 1985, n° 49 737, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : A3119AMH) et CE Contentieux, 29 décembre 1995, n° 124 054, inédit au recueil Lebon (N° Lexbase : A6974ANM).
- (8) CE 4° et 5° s-s-r., 28 septembre 2005, n° 266 023, publié au recueil Lebon N° Lexbase : A6077DKB)
- (9) CE 30 juin 1997, n° 169 269 N° Lexbase : A0396AEE
- (10) CE 4° et 5° s-s-r., 5 septembre 2008, n° 303 992 N° Lexbase : A1008EAL).
- (11) CE 18 janvier 1991, n° 85 317, mentionné aux tables du recueil Lebon N° Lexbase : A0783ARG).
- (12) CE 4° et 5° s-s-r., 26 janvier 2007, n° 284 605, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : A7085DTL) : le ministre du Travail peut légalement, dans le délai de recours contentieux, rapporter sa décision implicite rejetant le recours hiérarchique formé contre la décision de l'inspecteur du travail autorisant le licenciement d'un salarié protégé qui était créatrice de droit au profit de l'employeur; dès lors que la cour administrative d'appel avait jugé que le ministre pouvait légalement revenir sur l'autorisation de licenciement sollicitée au motif que le licenciement avait été précédé d'une procédure irrégulière et que l'employeur avait méconnu l'obligation de rechercher les possibilités de reclasser le salarié, elle n'avait pas à répondre au moyen tiré de ce que c'était à tort que le ministre avait estimé que l'inspecteur du travail était géographiquement incompétent.
- (10) CE 4° et 5° s-s-r., 19 décembre 2012, n° 361 271, mentionné aux tables du recueil Lebon (N° Lexbase : A1373IZU); la rupture du contrat de travail prenant effet à compter de l'envoi du courrier recommandé avec accusé de réception notifiant cette rupture au salarié, la décision administrative qui autorise le licenciement d'un salarié protégé doit être regardée comme entièrement exécutée à compter de cet envoi.
- (11) CE 4° et 5° s-s-r., 7 décembre 2009, n° 327 259, mentionné aux tables du recueil Lebon (N° Lexbase : A4341EPH); la rupture du contrat de travail d'un salarié protégé dont le licenciement a été autorisé par l'autorité administrative compétente prend effet à compter de l'envoi du courrier recommandé avec accusé de réception notifiant cette rupture au salarié. Dès lors, à compter de cette date, il n'est plus possible de demander au juge des référés la suspension de l'exécution de la décision administrative puisque la décision a été entièrement exécutée.
- (12) Les décisions prises sur recours hiérarchique par le ministre ne se substituent pas aux décisions de l'inspecteur du travail, dès lors que ce recours ne présente pas un caractère obligatoire (CE 4° et 5° s-s-r., 5 septembre 2008, n° 303 707, mentionné aux tables du recueil Lebon (N° Lexbase : A1007EAK).
- (13) CE 3° et 8° s-s-r., 4 octobre 2004, n° 264 310, publié au recueil Lebon N° Lexbase : A5508DDD).
- (14) Sur cette question, CE Contentieux, 30 octobre 2009, n° 298 348, publié au recueil Lebon N° Lexbase : A6040EMN); CE 2° et 7° s-s-r., 26 novembre 2012, n° 354 108, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : A6325IXK).
- (15) Pour un exemple d'application, CE 4° et 5° s-s-r., 22 mars 2010, n° 324 398, mentionné aux tables du recueil Lebon (N° Lexbase : A1403EUI).
- (16) CE 4/1 SSR, 20-05-1994, n° 106 197, mentionné aux tables du recueil Lebon (N° Lexbase : A0797ASC).