

COMMISSION OUVERTE DE DROIT SOCIAL DU BARREAU DE PARIS

Coresponsables : Béatrice Bursztein et Véronique Tuffal-Nerson,
avocates à la cour d'appel de Paris

FORMATION CONTINUE EN DROIT SOCIAL

coordinateur : Paul Bouaziz (CDSBP)

avocat à la cour d'appel de Paris

SEANCE du 15 MAI 2008

La répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction du contentieux des autorisations de licenciement des représentants du personnel

Yves STRUILLOU

Maître des requêtes au Conseil d'Etat

Les représentants du personnel, en vue de leur permettre d'exercer leur mandat représentatif en toute indépendance et dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs qu'ils représentent, comme le rappelle de manière constante le Conseil d'Etat depuis la décision de l'Assemblée du contentieux du 5 mai 1976 SAFER d'Auvergne (rec. p. 232).

« CONS. QU'EN VERTU DE CES DISPOSITIONS, LES SALARIES LEGALEMENT INVESTIS DE FONCTIONS REPRESENTATIVES BENEFICIENT, DANS L'INTERET DE L'ENSEMBLE DES TRAVAILLEURS QU'ILS REPRESENTENT, D'UNE PROTECTION EXCEPTIONNELLE ; QUE, LORSQUE LE LICENCIEMENT D'UN DE CES SALARIES EST ENVISAGE, CE LICENCIEMENT NE DOIT PAS ETRE EN RAPPORT AVEC LES FONCTIONS REPRESENTATIVES NORMALEMENT EXERCEES OU L'APPARTENANCE SYNDICALE DE L'INTERESSE ; QUE, DANS LE CAS OU LA DEMANDE DE LICENCIEMENT EST MOTIEE PAR UN COMPORTEMENT FAUTIF, IL APPARTIENT A L'INSPECTEUR DU TRAVAIL OU A L'INSPECTEUR DES LOIS SOCIALES EN AGRICULTURE SAISI ET, LE CAS ECHEANT, AU MINISTRE COMPETENT DE RECHERCHER, SOUS LE CONTROLE DU JUGE DE L'EXCES DE POUVOIR, SI LES FAITS REPROCHES AU SALARIE SONT D'UNE GRAVITE SUFFISANTE POUR JUSTIFIER SON LICENCIEMENT COMPTE TENU DE L'ENSEMBLE DES REGLES APPLICABLES AU CONTRAT DE TRAVAIL DE L'INTERESSE ET DES EXIGENCES PROPRES A L'EXECUTION NORMALE DU MANDAT DONT IL EST INVESTI ; QU'EN OUTRE, POUR REFUSER L'AUTORISATION SOLLICITEE, L'AUTORITE ADMINISTRATIVE A LA FACULTE DE RETENIR DES MOTIFS D'INTERET GENERAL RELEVANT DE SON POUVOIR D'APPRECIATION DE L'OPPORTUNITE, SOUS RESERVE QU'UNE ATTEINTE EXCESSIVE NE SOIT PAS PORTEE A L'UN OU L'AUTRE DES INTERETS EN PRESENCE »

L'intervention de l'inspecteur du travail est la clef de voûte de ce dispositif de protection. Ses décisions peuvent déboucher sur un contentieux triangulaire impliquant le salarié, l'employeur et l'administration. Chacun des deux ordres de juridiction connaît d'une partie de ce contentieux :

- le juge administratif apprécie la légalité de la décision de l'inspecteur du travail qui doit, notamment, se prononcer, en cas de licenciement pour faute, sur la matérialité et la gravité des faits ainsi que sur l'existence d'un éventuel lien entre la procédure de licenciement et le mandat,
- le juge judiciaire peut être amené à trancher des questions relatives à la réintégration du salarié en cas d'annulation de l'autorisation de licenciement ou aux droits au versement des indemnités de préavis, de licenciement ou de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Les tribunaux administratifs ou judiciaires peuvent être ainsi conduits à examiner sous des angles différents les mêmes faits. Intimement liées, les décisions émanant des deux ordres juridictionnels pourraient se révéler incohérentes, voire franchement contradictoires. Pour prévenir de telles situations, tant la Cour de cassation que le Conseil d'Etat se sont efforcés depuis des années d'adopter des solutions qui, à la fois, respectent le principe de la séparation des pouvoirs et l'autorité de la chose jugée et assurent au contentieux du licenciement des salariés protégés la meilleure cohérence possible.

Cette recherche d'une construction jurisprudentielle cohérente s'est révélée avec d'autant plus indispensable que la Cour de cassation a voulu faire de l'autorisation administrative de licenciement la voie exclusive de la rupture du contrat de travail d'un salarié protégé à l'initiative de l'employeur :

- d'une part, en prohibant à ce dernier d'engager devant le juge une action tendant à la résiliation judiciaire du contrat (arrêts Perrier, Cass. ch. Mixte, 21 juin 1974, Bull. civ. ch. mix. n°3 et Bull. crim. n°236),

- d'autre part, en abandonnant la jurisprudence qui permettait à l'employeur de prendre acte de la rupture du contrat de travail (Cass. soc. 12 décembre 1990, Bull. civ. V n°667) ; désormais, l'employeur est tenu de saisir l'inspecteur du travail en cas de refus du salarié d'accepter une modification de son contrat ou un changement des conditions de travail (Cass. soc. 30 avril 1997, Bull. civ. V n°154), la mise en œuvre de cette modification ou de ce changement, en dépit de l'opposition du salarié, constituant un délit d'entrave (Cass. crim. 6 janvier 2004, Bull. crim. n°4).

Avant d'aborder la question de la frontière de compétences entre les deux ordres de juridiction dans ce contentieux doublement spécifique pour le juge administratif – il met en cause une relation triangulaire et il mêle de manière indissociable droit public et droit privé – il est nécessaire de rappeler la spécificité de la grille de contrôle de l'administration et du juge.

I) La grille de contrôle de l'administration et du juge administratif sur les autorisations de licenciement pour motif disciplinaire des salariés bénéficiant de la protection exceptionnelle

Lorsque l'employeur, à l'appui d'une demande d'autorisation de licenciement d'un salarié protégé, invoque un motif disciplinaire, le contrôle du motif opéré par les juridictions administratives et les juridictions judiciaires repose sur des notions distinctes qui peuvent néanmoins se recouper. Soucieux d'éviter que des raisonnements parallèles ne conduisent à des situations incohérentes, voire injustes, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat ont cherché progressivement à rendre compatibles leur grille de lecture.

Le juge administratif contrôle l'appréciation portée par l'inspecteur du travail sur la matérialité des faits et sur la gravité de la faute commise : pour être légalement autorisé, la faute reprochée au salarié doit être établie et « *d'une gravité suffisante* ». Cette qualification - à géométrie variable - se distingue de la notion de « *cause réelle et sérieuse* ».

En effet, le Conseil d'Etat a voulu prendre en compte la situation tout à fait particulière du salarié protégé, titulaire non seulement d'un contrat de travail mais également d'un mandat représentatif. Il a ainsi élaboré une notion spécifique, celle de « *faute d'une gravité suffisante* », permettant à l'inspecteur du travail d'appréhender la singularité de la position du salarié protégé au sein de l'entreprise vis-à-vis du pouvoir de l'employeur, de sorte que l'administration peut légalement refuser d'accorder une autorisation de licenciement alors même que les faits en cause pourraient être regardés, dans d'autres circonstances, comme « *une cause réelle et sérieuse* » de licenciement.

Cependant, il serait difficilement concevable que des faits, qui ne seraient pas regardés par le juge du contrat de travail comme constituant une cause réelle et sérieuse, puissent légalement fonder une autorisation de licenciement : le salarié protégé doit bénéficier, comme tous les autres salariés, des conditions de droit commun auxquelles est conditionnée la validité du licenciement.

La notion de « *faute d'une gravité suffisante* », reprise par l'administration dans ses décisions, est donc prétorienne et singulière :

- elle ne peut être identifiée à celle de « *cause réelle et sérieuse* »,
- toutefois, dès lors qu'elle est admise par l'administration ou le juge administratif, la cause réelle et sérieuse est, par voie de conséquence, nécessairement reconnue,
- enfin, elle ne s'identifie pas à la faute grave comme l'avait souligné dès 1976 le commissaire du Gouvernement Philippe Dondoux dans ses conclusions sur la décision précitée du 5 mai 1976 (Dr soc 1976, p. 346) :

« *la théorie de la faute grave aboutirait à reporter la protection du représentant au niveau de ses actes, quels qu'ils soient. Ce serait l'idée d'un forfait, d'un bonus de fautes vénielles et donc d'une immunité partielle* ».

Le Conseil d'Etat a donc toujours refusé d'identifier la « *faute d'une gravité suffisante* » et la « *faute grave* ».

Cependant, la notion de « *faute d'une gravité suffisante* » doit être identifiée par l'administration et le juge administratif :

- à la faute grave, lorsque le code du travail subordonne la rupture du contrat de travail à l'existence d'une telle faute, comme pour la rupture avant son terme du contrat à durée déterminée,
- à la faute lourde en cas de grève (CE, 1^{er} avril 1992, Moreau, Rec. p. 148, conclusions Dr Sc. 1992 p. 689).

L'idée sous-jacente à l'ensemble de cette construction jurisprudentielle complexe est que le salarié protégé est dans une situation particulière mais qu'il ne peut être moins protégé que le salarié « ordinaire » : en tout état de cause, la faute d'une gravité suffisante constitue nécessairement une cause réelle et sérieuse et, lorsque le code du travail restreint la faculté de l'employeur de rompre le contrat à la constatation de l'existence d'une faute d'une gravité supérieure, le licenciement ne peut être accordé légalement que si la faute commise par le salarié présente le caractère de gravité exigé par la loi

II) Les compétences du juge judiciaire

2.1) Le juge judiciaire n'a pas compétence pour se prononcer sur la légalité de la décision prise par l'autorité administrative.

Du fait de la séparation des pouvoirs entre l'administration (pouvoir exécutif) et la justice (pouvoir judiciaire), et de l'organisation des tribunaux en France (ordre administratif et ordre judiciaire), le juge judiciaire est incompétent pour statuer sur la légalité d'une décision de l'autorité administrative et apprécier les motifs retenus par l'employeur pour demander le licenciement (Cass. soc. 06.07.94, n° 3273 D., Sem. soc. Lamy n° 708). Par suite, « *la nullité du licenciement d'un salarié protégé ne peut être prononcée par le juge judiciaire qu'en l'absence d'autorisation administrative ou en cas de refus de celle-ci* » (Cass. soc. 19.06.91, M. Pignol Daubisse c./ SA Lessives Saint-Marc).

2.2) Les compétences reconnues au juge judiciaire

Cependant, le juge judiciaire conserve des compétences propres. Dans l'exercice de celles-ci, il ne doit pas empiéter sur les compétences reconnues au juge administratif, ni ignorer la portée des décisions que ce dernier peut être amené à prendre.

Plusieurs situations doivent être distinguées.

2.2.1) Première situation : modification du contrat de travail ou des conditions de travail imposée au salarié protégé

En cas de modification du contrat de travail ou de changement des conditions de travail refusée par le salarié, la mise en œuvre de cette modification par l'employeur constitue « *un trouble manifestement illicite* » justifiant la compétence du conseil des prud'hommes en référé (Cass. soc. 12.10.2000, M. Olivier c./ Sté Onet propreté).

Cette compétence du juge des référés judiciaire a été reconnue y compris dans le cas où le trouble manifestement illicite résultait de la mutation sans son accord d'un fonctionnaire représentant du personnel ayant pour effet de mettre fin à ses mandats. L'affaire est la suivante. En application de la loi du 31 décembre 2003, les agents de la société France Télécom, qui restent soumis au statut des fonctionnaires bénéficient, comme les salariés de droit privé de la société, des institutions représentatives du personnel prévues par le code du travail. C'est, dans ce cadre juridique, qu'un agent fonctionnaire de la société France Télécom, titulaire de divers mandats de représentation, a contesté la mutation dont il avait fait l'objet, sans son accord et qui avait entraîné la perte de tous ses mandats. L'intéressé avait saisi le juge administratif pour contester la légalité de sa mutation et, parallèlement, le juge judiciaire en référé, sur le fondement du trouble manifestement illicite résultant de la mutation et de ses effets sur ses mandats. Censurant la cour d'appel, la Cour de cassation, par un arrêt du 18 mars 2008 (n°07-1123, SSL n°1345), a reconnu la compétence du juge des référés pour mettre fin au trouble manifestement illicite par un raisonnement en deux temps :

- aucun changement des conditions de travail ne pouvait être imposé contre sa volonté au représentant du personnel conformément à une jurisprudence désormais bien établie,
- la mutation d'office, qui avait eu pour effet de mettre un terme aux mandats, « *constituait un trouble manifestement illicite* ».

L'arrêt précise que le juge des référés est compétent « *nonobstant la contestation de la régularité de la mutation (...) engagée devant le juge administratif* ».

La solution ainsi adoptée conduit à distinguer :

- d'une part, la contestation de la légalité de la mutation elle-même, qui relève de la compétence de la juridiction administrative, la mutation étant une décision administrative,

- et, d'autre part, les voies de fait qui résultent d'une atteinte portée au mandat de représentation du personnel, exercé dans l'intérêt de tous les salariés, et qui ressortissent de la compétence de droit commun du juge judiciaire.

Désormais, le salarié – confronté à une décision de son employeur lui imposant contre sa volonté une modification de son contrat de travail ou un changement de ses conditions de travail – peut, soit saisir le juge judiciaire à fin que soit prononcée la résiliation de son contrat, soit prendre acte de la rupture. Le juge judiciaire « *ne méconnaît pas le principe de la séparation des pouvoirs en statuant sur les effets de cette rupture, antérieure à la demande d'autorisation de licenciement présentée par l'employeur, demande sur laquelle l'inspecteur du travail a dit qu'il n'avait pas à se prononcer au motif que le contrat était déjà rompu* » (Cass. soc. 25.01.2006, Société L'emballage personnalisé, n°04-41.204).

Dans le cas où le salarié a refusé la modification de son contrat et que l'autorisation de licenciement sollicitée par l'employeur, consécutivement à ce refus, a été rejetée par l'administration, le juge judiciaire peut ordonner la réintégration du salarié dans son poste de travail (Cass. soc. 03.02.93, Sté Ambulances Vidal, RJS n° 291). Le salarié peut obtenir la réintégration dans son emploi, l'indemnisation de sa perte de salaire et l'octroi de dommages-intérêts. Il en est de même en cas de modification des conditions de travail imposée par l'employeur.

2.2.2) Deuxième situation : Le licenciement ou le transfert du salarié protégé est intervenu sans l'autorisation de l'administration

La compétence du juge judiciaire dans cette hypothèse est entière. Le juge peut :

1°) Prononcer la nullité du licenciement

« *La nullité du licenciement d'un salarié protégé ne peut être prononcée par le juge judiciaire qu'en l'absence d'autorisation administrative ou en cas de refus de celle-ci* » (Cass. soc. 19.06.91, M. Pignol Daubisse c./ SA Lessives Saint-Marc).

2°) Ordonner la réintégration du salarié protégé

Le juge des référés est compétent pour ordonner la réintégration d'un salarié protégé, le licenciement sans autorisation constituant un trouble manifestement illicite (Cass. soc. 26.04.79, Benjeddah c./ Sté Industrielle Roth Frères, Bull. V n° 364).

3°) Condamner l'entreprise à réparer le préjudice subi par le salarié

Le juge judiciaire est compétent pour :

- condamner l'employeur à indemniser le préjudice subi par le salarié du fait du licenciement intervenu sans autorisation ;
- condamner l'entreprise à verser les indemnités de rupture ainsi que l'indemnité prévue en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Selon une jurisprudence constante, l'indemnisation pour défaut de cause réelle et sérieuse pouvait se cumuler avec l'indemnité destinée à sanctionner la méconnaissance du statut protecteur si le licenciement ne reposait pas sur une cause réelle et sérieuse (Cass. soc. 10 juillet 1990 Bull. civ. V n° 362). Il incombait donc au juge judiciaire d'apprécier

l'existence de celle-ci. Cependant, cette jurisprudence ne pouvait qu'être remise en cause par la solution dégagée par l'arrêt de la chambre sociale du 27 juin 2000 (Bull. civ. V n° 250) selon laquelle le salarié victime d'un licenciement nul a « *droit* », en toute hypothèse, au versement des indemnités de rupture et d'une indemnité au moins égale à celle prévue par le code du travail en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Fort logiquement, la chambre sociale a transposé le principe posé par l'arrêt du 27 juin 2000 à la situation des salariés protégés : le salarié protégé dont le contrat a été illégalement rompu et qui ne demande pas sa réintégration a le droit d'obtenir « *non seulement les indemnités de rupture mais une indemnité réparant l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement et au moins égale à celle prévue par l'article L. 122-14-4 du code du travail* » (Cass. soc. 12 juin 2001, Bull. civ. V n° 219). Cette jurisprudence a été confirmée à de nombreuses reprises (par ex. Cass. soc., 29 mars 2005, Bull. civ. V n° 105).

2.2.3) Troisième situation : Le salarié protégé est licencié en dépit du refus opposé par l'administration

Le juge judiciaire peut prononcer la nullité du licenciement

Dans cette hypothèse, le juge des référés est compétent pour ordonner la réintégration du salarié protégé, son licenciement constituant un trouble manifestement illicite.

Si le refus de l'administration intervient après que le salarié ait refusé la modification de son contrat proposée par son employeur, le juge judiciaire peut ordonner la réintégration dans le poste de travail (Cass. soc. 03.02.93, Sté Ambulances Vidal, RJS n° 291).

Si, après la notification du refus de l'autorisation, l'employeur persiste à interdire l'accès du salarié à son poste de travail, le juge du fond considère que le contrat de travail est rompu, cette rupture constituant un licenciement. Le juge doit alors faire droit à la demande d'indemnisation du salarié fondée sur l'illégalité du licenciement, sans être tenu de surseoir à statuer en l'absence de question préjudicielle, et alors même qu'un recours hiérarchique a été formé, ce recours n'ayant pas d'effet suspensif (Cass. soc. 02.10.97, SA Vivien Fret, RJS 1997 n° 1261).

2.2.4) Quatrième situation : Le licenciement du salarié protégé a été autorisé par une décision qui n'est pas devenue définitive

Si la décision autorisant le licenciement fait l'objet d'un recours hiérarchique ou contentieux, le juge judiciaire doit surseoir à statuer jusqu'à ce que la juridiction administrative se soit définitivement prononcée dès lors que la solution de l'instance prud'homale dépend de la procédure engagée devant le juge administratif (Cass. soc. 29.06.2005, Sté Cristal Union c./ Evangelisti, RJS 2005 n°1006).

2.2.5) Cinquième situation : L'autorisation de licenciement accordée par l'inspecteur du travail est annulée soit par le ministre soit par le juge administratif.

Selon la nature des conclusions, il convient de tenir compte ou non du caractère définitif de l'annulation de l'autorisation de licenciement.

1°) La compétence du juge judiciaire pour ordonner la réintégration du salarié

La réintégration est possible alors même que la décision annulant l'autorisation n'est pas devenue définitive (Cass. soc. 14.07.88, Bull. p. 24 n° 39).

Le juge judiciaire est compétent pour ordonner la réintégration du salarié protégé si ce dernier la demande et si l'entreprise y fait obstacle.

Seule une décision de la cour administrative d'appel ordonnant le sursis à exécution du jugement du tribunal administratif annulant la décision d'autorisation peut faire obstacle au droit à réintégration. Les conditions d'octroi du sursis à l'exécution du jugement sont examinées au paragraphe.

2°) La compétence du juge judiciaire pour condamner l'entreprise à indemniser le préjudice subi

Cette indemnité correspond au préjudice subi pendant la période comprise entre, d'une part, la date à laquelle le licenciement a pris effet et, d'autre part, la réintégration ou, si la réintégration n'a pas été demandée, l'expiration d'un délai de deux mois, courant à compter de la notification de la décision annulant l'autorisation.

Cette indemnité n'est acquise que si l'annulation de la décision d'autorisation est devenue définitive (articles L. 412-19, L. 425-3 et L. 436-3).

Ce caractère définitif est acquis dans les cas suivants :

- si la décision du ministre annulant la décision de l'inspecteur du travail n'est pas attaquée devant le tribunal administratif ;
- si le jugement du tribunal administratif annulant la décision d'autorisation n'est pas frappé d'appel ;

Caractère définitif d'un arrêt de Cour administrative d'appel. Depuis le 1^{er} octobre 1995, les cours administratives d'appel sont compétentes pour connaître des appels dirigés contre les jugements statuant sur la légalité des décisions de l'administration concernant les salariés protégés.

Ce transfert de compétence pose la question de la date à laquelle peut intervenir l'indemnisation du préjudice subi par le salarié protégé, laquelle est subordonnée au fait que la décision d'annulation de l'autorisation est devenue définitive : un arrêt d'une Cour administrative d'appel, qui, en dernier ressort, annule une décision d'autorisation ou rejette le recours dirigé contre un jugement de tribunal administratif annulant une autorisation, constitue-t-il une décision définitive, alors même qu'il serait frappé d'un pourvoi en cassation ?

La décision par laquelle le Conseil d'État a estimé que « *la décision d'une juridiction qui a statué en dernier ressort présente, même si elle peut faire l'objet ou est effectivement l'objet d'un pourvoi en cassation, le caractère d'une décision passée en force de chose jugée* » conduit à une réponse affirmative (CE, assemblée, 27.10.95, *Ministre du Logement c./ Mattio et autres*, Rec. p. 359). Le commissaire du gouvernement notait dans ses conclusions qu'« *il est bien certain que les notions de décision de justice définitive et de décision passée en force de chose jugée sont équivalentes* ».

Les arrêts des cours administratives d'appel constituant des décisions définitives, la circonstance qu'un pourvoi en cassation ait été formé ne devrait pas faire obstacle à l'indemnisation du salarié.

3°) La compétence du juge judiciaire en cas d'annulation de l'autorisation de licenciement pour condamner l'entreprise à verser, le cas échéant, les indemnités de rupture et des dommages et intérêts pour rupture abusive dans le cas où le salarié protégé ne demande pas sa réintégration

La condamnation de l'entreprise à verser les indemnités de rupture ainsi que des dommages et intérêts n'est pas automatique. Le juge ne peut condamner l'entreprise au seul motif que l'autorisation a été annulée :

« l'octroi d'une réparation complémentaire à celle prévue par l'article L. 425-3 du code du travail est subordonnée à l'absence de cause réelle et sérieuse qu'il appartient au juge de rechercher et qui ne résulte pas, en soi, de la seule annulation de l'autorisation administrative » (Cass. soc. 22.05.95, Sté Pierre Le Calvez c./ Burdin et autres).

Le juge judiciaire doit apprécier si le licenciement reposait sur une cause réelle et sérieuse et, en cas de procédure de licenciement pour motif disciplinaire, si les salariés ont ou non commis une faute grave, ce qui les priverait des indemnités de rupture.

Cette position a été confirmée par un arrêt du 5 février 2002 (99-43896, Bull. civ V n°53) :

« qu'en outre, le salarié protégé, qu'il ait ou non demandé sa réintégration, peut prétendre au paiement des indemnités de rupture, s'il n'en a pas bénéficié au moment du licenciement et s'il remplit les conditions pour y prétendre, ainsi qu'au paiement de l'indemnité prévue par l'article L. 122-14-4 du Code du travail, s'il est établi que son licenciement était, au moment où il a été prononcé, dépourvu de cause réelle et sérieuse ».

Il peut sembler paradoxal que le salarié soit débouté de ses demandes tendant à la condamnation de l'entreprise alors que l'autorisation de le licencier a été annulée par le juge administratif.

Cependant, la position adoptée par la Cour de cassation ne méconnaît pas les compétences du juge administratif :

- en premier lieu, ce dernier peut annuler la décision d'autorisation pour des raisons tenant à sa légalité externe (irrégularité de l'enquête contradictoire conduite par l'administration, défaut de motivation ou incompétence de l'auteur de la décision) ;

- en second lieu, les « grilles d'analyse » du juge judiciaire et du juge administratif ne sont pas identiques.

En matière disciplinaire, l'autorisation ne peut être accordée par l'administration que si la faute présente un « caractère de gravité suffisante » pour justifier le licenciement. Si la faute constitue, pour le moins, une cause réelle et sérieuse de licenciement, elle ne se confond pas pour autant avec la notion de faute grave : l'autorisation de licenciement peut être accordée alors que le comportement du salarié ne constitue pas une faute grave et elle peut être refusée, suivant les circonstances de l'espèce, alors même que la faute serait considérée comme une faute grave par le juge judiciaire.

Dès lors que le ministre ou le juge administratif ont le pouvoir d'annuler l'autorisation, même si le salarié a commis une faute grave, cette annulation ne fait pas obstacle à ce que le juge judiciaire statue, en utilisant sa propre grille d'analyse, sur les demandes tendant à la condamnation au versement d'une indemnité pour rupture abusive et des indemnités de rupture.

Cependant, dès lors que le juge administratif estime que les faits fautifs reprochés à un salarié lors d'un conflit collectif sont d'une gravité suffisante pour justifier son licenciement, le juge judiciaire reconnaît nécessairement à ces faits le caractère d'une faute lourde (Cass. soc. 26.01.94, Sté Combretton c./ Sté Brossette et autres). Cette position est la suite logique de la décision par laquelle le Conseil d'État a estimé que l'administration, en cas de grève, doit vérifier le respect des dispositions de l'article L. 521-1 qui prohibent le licenciement, sauf faute lourde (CE, 01.04.92, Moreau et syndicat Parisien du livre CGT, Rec. p. 148, Dr soc 1992 p. 689 et RJS n° 338).

Inversement, dès lors que le juge administratif annule l'autorisation administrative au motif que la preuve du comportement frauduleux du salarié n'était pas rapportée, le juge judiciaire ne peut débouter le salarié de ses demandes en paiement de dommages-intérêts (Cass. soc. 12.03.87, Mlle Detrez, Bull V n°149).

De même, si le juge administratif annule l'autorisation au motif que les faits ne sauraient revêtir un caractère de gravité de nature à justifier un licenciement, le juge judiciaire ne peut, appréciant les mêmes faits, décider qu'ils constituent une cause réelle et sérieuse de licenciement (26.09.2007, 05-42.599, SSL n°1329, 19.11.2007) :

« Mais attendu que 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, soit n'étaient pas établis, soit 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 »

2.2.6) Sixième situation : L'autorisation de licenciement est devenue définitive

Le juge du contrat de travail n'a pas compétence pour apprécier la légalité de l'autorisation (Cass. soc. 15.12.77, Bull. n° 709 ; Cass. soc. 12.06.80, Rabot c./ Centre médico-psycho- pédagogique de Tours ; Cass. soc. 03.10.80, Bull V n°707, M. Kriebs ; Cass. soc. 06.10.83, M. Marzin, Bull. n° 481).

Dans le cadre de cette ligne directrice, la Chambre sociale a jugé que :

- les juridictions judiciaires ne peuvent pas contrôler la légalité de la décision administrative, même si l'employeur allègue une fraude (Cass. soc, 26 septembre 1989, Bull. civ. V n°541),

- lorsque la décision administrative statuant sur les motifs du licenciement est imprécise, les juges du fond ne peuvent l'interpréter eux mêmes et, face à une difficulté sérieuse, doivent surseoir à statuer jusqu'à son interprétation par la juridiction administrative (Cass. soc, 14 mai 1987, Bull. civ. V n°311),

- la simple référence, dans lettre de licenciement, à l'autorisation administrative, suffit à établir que l'employeur a motivé cette lettre (Cass. soc, 13 juillet 2004, Bull. civ. V n° 210 ; Cass. soc, 5 avril 2005, Bull. civ. V n° 120).

Bien évidemment, le juge doit « vérifier que le motif du licenciement est bien celui pour lequel l'autorisation a été donnée » (Cass. soc. 28.10.2003, Cormier c./ Sté Générale, RJS 2004 n°77, Dr soc 2004 p. 219, obs J. Mouly), ce qui est logique dès lors que le licenciement ne peut être prononcé que pour les faits ayant motivé l'autorisation administrative de licenciement.

Quelles sont les principales conséquences de l'incompétence de principe du juge judiciaire ?

1°) L'incompétence de principe du juge judiciaire pour apprécier la régularité de la procédure de licenciement

La Cour de cassation estime que le juge judiciaire n'a pas à connaître des questions se rapportant à la régularité de la procédure de licenciement d'un salarié protégé préalable à la saisine de l'inspecteur du travail au motif que le contrôle « de la régularité de la procédure... relève du contrôle de ce dernier » (Cass. soc. 30.04.97, Bull. V n°149, Guillemin c./ SA Halfen, Dr soc 1997, p. 645 ; Cass. Soc. 02.06.2004, Sté Les Editions du Seuil, c./ Amigo,

Bull V n° 159, RJS 2004 n°904 ; Cass. Soc. 13.07.2004, Sté Satellimages TV 5 c./ Guinot, RJS 2004 n°1068).

La compétence exclusive de l'administration et du juge administratif est reconnue quelque soit le motif, y compris lorsque le motif est d'ordre économique et vaut tant pour la procédure du livre III que celle du livre IV (Cass. Soc. 27.10.2004, Vandroy c./ Cie P&O Stena ligne, RJS 2005, n°179, Bull. n°270, rapport annuel 2004 p. 249).

Cette affirmation, qui pourrait surprendre, n'est en fait que la conséquence logique de l'obligation imposée à l'administration par le juge administratif de se prononcer sur la légalité de la procédure de licenciement antérieure à sa saisine (CE, 22 mai 2002, tables p. 951).

La Cour de cassation a fait application de cette règle au contrôle de la régularité de la procédure conventionnelle de licenciement pour motif disciplinaire (Cass. Soc. 13.07.2004, 01-42.943, Bull. civ. n°211). La question sera tranchée par une décision du Conseil d'Etat qui sera lue la semaine prochaine et rendue à nos conclusions.

2° L'incompétence de principe du juge judiciaire pour apprécier la cause réelle et sérieuse de licenciement

« *Le juge judiciaire ne peut, en l'état de l'autorisation administrative accordée à l'employeur de licencier ce salarié, et sans violer le principe de la séparation des pouvoirs, apprécier le caractère réel et sérieux du licenciement* » (Cass. soc. 21.09.93, Transports Laffond c./ David, Bull. n° 219, RJS 1993 n° 1120 ; Cass. Soc. 13.07.2004, Cordonin c./ Sté Omicrone, Bull V n°210, RJS 2004 n°1064).

Le juge judiciaire ne peut donc pas condamner l'employeur à verser une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc. 12.06.80, Rabot c./ Centre médico- pédagogique de Tours ; Cass. soc. 28.05.86, Dr soc, 1990, p. 500).

La position adoptée par la Cour de cassation tient au fait que :

- en cas de licenciement disciplinaire, par définition, la « *faute ayant un caractère de gravité suffisante* » constitue, pour le moins, une cause réelle et sérieuse de licenciement ;
- en cas de licenciement économique, l'administration est regardée comme ayant apprécié la réalité du motif économique (Cass. soc. 10.05.99, Chelminiak c./ SNC Soula, Bull V n°207, RJS 1999 n° 831) et le respect de l'obligation de reclassement (Cass. soc. 25.11.97, Portela, Bull V n°399 ; Cass. soc. 04.04.2006, Sté Esselete c./ Blanchard, RJS 2006 n°752).

Si le licenciement repose sur un motif économique, l'autorité administrative en a contrôlé la réalité, ainsi que la portée des efforts de reclassement. La Cour de cassation a posé la règle selon laquelle le juge du fond ne peut condamner l'employeur à verser des dommages-intérêts au motif qu'il n'aurait pas satisfait à son obligation de reclassement, eu égard à l'impossibilité pour le juge judiciaire d'apprécier la cause réelle et sérieuse du licenciement ayant fait l'objet d'une autorisation (Cass. soc. 25.11.97, SA Brissiaud c./ Aguiar Portela et autres ; Cass. soc. 10.05.99, Cheminiak c./ SNC Soula, Bull V n°207, RJS 1999 n° 831).

Cependant, si la contestation de la décision administrative apparaît sérieuse au juge judiciaire, ce dernier peut surseoir à statuer et renvoyer les parties devant la juridiction administrative (Cass. soc. 06.07.94, n° 3273 D., Sem. soc. Lamy n° 708, cf. n° 579 ; Cass. soc. 26.11.96, Sté Marquis hôtels limited partnership, RJS 1996 n° 266).

L'annulation de l'autorisation administrative par le juge administratif est sans incidence sur le jugement, intervenu antérieurement, rejetant les demandes du salarié en paiement des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc.

31.03.1998, Calmus c./ Sté Ets Jena Bessière, Bull V n°187, RJS 1998 n°611 : l'annulation de l'autorisation permet cependant au salarié de se prévaloir des dispositions prévues par la loi en pareil cas).

4°) La compétence du juge judiciaire pour apprécier la validité du plan de sauvegarde de l'emploi contesté par le salarié protégé

La chambre sociale a reconnu le droit pour le salarié protégé, dont le licenciement a été autorisé, de contester la validité du plan de sauvegarde de l'emploi devant la juridiction judiciaire :

« *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. 25.06.2003, Sté SEPR c./ Michelin, 2^{ième} espèce, Bull V n°207, RJS 2003 n°1146, Dalloz 2004 p.179, obs B Reynès ; Cass. Soc. 22.06.2004, Sté Brown and Sharpe Roch c./ Blondot, Bull V n° 177, RJS 2004 n°1068).

5°) La compétence du juge judiciaire pour ordonner le paiement des indemnités de rupture

Le juge judiciaire est compétent pour statuer sur les demandes du salarié tendant à la condamnation de l'entreprise à lui verser les indemnités de rupture et, par suite, sur la qualification de la faute (grave/ lourde).

Si l'autorisation administrative implique que la faute est d'une gravité suffisante pour justifier le licenciement et fait obstacle à ce qu'elle soit discutée devant les tribunaux judiciaires, en revanche, ces derniers sont compétents pour statuer sur les demandes de paiement des indemnités de préavis et de licenciement en appréciant la gravité de la faute (Cass. soc. 18.03.82, M. Boulanger, Bull V n°190 ; Cass. soc. 28.05.86, Jurisp. soc. UIMM n° 87-483, p. 23 ; Social, 1990, p. 500 ; Cass. soc. 25.04.90, Mme Medal c./ ANAD, Bull V n°189). Cette appréciation de la gravité de la faute qui « *n'a aucune incidence sur la légalité de l'autorisation administrative appartient à la juridiction judiciaire* » (Cass. soc. 02.06.83, Kremer c./ Société Unide).

La position adoptée par la Cour de cassation ne méconnaît pas le principe de séparation des pouvoirs : il a été rappelé que les notions de « *faute ayant un caractère de gravité suffisante* » et de faute grave ne se confondent pas. L'autorité administrative et le juge administratif peuvent estimer que la faute commise par le salarié présentait un caractère de gravité suffisant même si cette faute n'est pas considérée comme une faute grave privative des indemnités de rupture.

Ainsi, la Cour de cassation a censuré l'arrêt par lequel une cour d'appel avait débouté un salarié de ses demandes d'indemnité de rupture au seul motif que le tribunal administratif avait estimé que l'intéressé avait commis une faute d'une gravité suffisante (Cass. soc. 01.06.94, n° 2621 D., Sem. soc. Lamy n° 705).

Le juge judiciaire ne peut se prononcer qu'eu égard aux faits retenus par la décision d'autorisation (Cass. soc. 08.10.92, Jurisp. soc. mars 1993 ; Cass. soc. 10.07.2001, M. Clémot).

Il a été jugé récemment que le juge judiciaire est compétent pour apprécier si le refus opposé par un salarié protégé à des propositions de reclassement, faites à la suite d'un avis d'inaptitude d'origine professionnelle, est « *abusif* » et de nature à le priver du bénéfice de l'indemnité spéciale prévue par l'article L.122-32-6 (20.02.2008, n°06-44.687, SSL 3 mars 2008, n°1343).

6°) La compétence du juge judiciaire pour apprécier le respect des critères de l'ordre des licenciements :

- Le principe : l'incompétence de l'autorité administrative

« Il n'appartient pas à l'autorité administrative, saisie d'une demande de licenciement pour motif économique, de vérifier sa conformité aux critères fixés par un accord collectif pour l'ordre des licenciements » (CE 15.06.98, Mlle Cesbron, n° 172695).

Le non-respect de l'ordre des licenciements ne peut légalement justifier à lui seul le rejet de la demande d'autorisation (CE 23.06.82 Presselin, Rec. p. 768 ; CE 25.10.85 Sté des aciéries et fonderies de Decazeville, Dr ouvrier 1990 p. 53).

Il n'appartient pas au juge administratif de vérifier le respect de l'ordre des licenciements (CE 05.10.98, Sté François Dufour-Kevern, n° 156268). Celui-ci relève de la compétence du juge judiciaire qui doit vérifier « si le choix du salarié parmi les personnes licenciées n'avait pas été dicté par une discrimination » (Cass. soc. 03.02.93, Bull. V n° 32 p. 24 ; Cass. soc. 11.12.2001, sté Duval c./ Buti, Bull. V n°380, RJS 2002 n°202; Cass. soc. 10.12.2003, Grillot c./ Sté Bostitch, Simax Groupe Staley Tools, RJS 2004 n°195 ; Cass. soc. 27.10.2004, Vandroy c./ Cie P& O Stena Ligne, RJS 2005 n°179). La compétence du juge judiciaire a été affirmée par la jurisprudence dès la mise en place du contrôle administratif des licenciements économiques (TC 19.04.82, Dr soc 1982 p. 570).

- L'exception au principe

Le non-respect des critères prévus par la convention collective a été regardé comme ne suffisant pas à lui seul – en l'absence de tout autre indice de discrimination – à révéler l'existence d'un lien entre le licenciement et les mandats détenus par un salarié (CE 10.04.91, SA Céramique de Decize, Rec. p. 1233, RJS n° 726).

Toutefois, en l'absence de toute justification de la part de l'employeur quant au choix du salarié protégé, au regard des critères de l'ordre des licenciements qui ont été retenus, la jurisprudence administrative peut retenir l'existence d'une discrimination :

– « la société et le syndic ont fait connaître les critères généraux qui avaient été utilisés pour licencier 7 des 42 tailleurs de pierre qu'employait la société, ils n'ont fourni aucun élément de nature à justifier que l'application de ces critères conduisait à placer M. L. parmi les salariés qui devaient être licenciés » (CE 29.03.89, Société Pradeau et Morin, n° 59464, Rec. p. 100) ;

– « d'une part, la société LC ne conteste ni l'assiduité, ni la productivité de Mme D. ; elle n'établit pas compte tenu de la qualification particulière de l'intéressée, son manque de polyvalence ; enfin, si elle allègue la nécessaire prise en cause de cas sociaux prioritaires, elle n'en établit pas l'existence ; d'autre part, la société LC ne conteste pas la polyvalence de Mlle H. et n'allègue pas qu'il fallait prendre en compte un cas social prioritaire ; si elle soutient que Mlle H manifestait un manque d'assiduité et de productivité, elle n'établit pas que ces défauts la plaçaient dans une position défavorable par rapport aux autres salariés qui remplissaient les mêmes fonctions ; ainsi la société requérante ne fournit aucun élément de nature à justifier que l'application des critères qu'elle avait elle-même définis conduisait à placer Mme D. et Mlle H. parmi les salariés qui devaient être licenciés... le licenciement de ces dernières doit être regardé comme étant en rapport avec leurs fonctions représentatives et leur appartenance syndicale » (CE 11.07.94, SA Lener-Cordier, n° 102637, RJS 1994 n° 1406 : l'employeur avait en outre allégué l'existence de cas sociaux prioritaires sans pouvoir en démontrer l'existence).

Le juge administratif, saisi d'un moyen en ce sens, vérifie s'il ne ressort pas des pièces du dossier que la place du salarié « dans l'ordre des licenciements établi [par l'employeur] ou l'application qui lui a été faite des critères en fonction desquels cet ordre a été défini et sur la validité desquels il n'appartient pas à l'autorité administrative de se prononcer, ait été

en rapport avec l'exercice du mandat » (CE, 29.12.2000, Sté Suturex, n°2006919, RJS 2001 n°475).

L'absence de consultation du comité d'entreprise sur la détermination des critères servant à établir l'ordre des licenciements a été regardée comme une irrégularité substantielle faisant obstacle à ce que l'administration autorise le licenciement : « *les critères permettant de déterminer l'ordre dans lequel devaient se faire les licenciements n'ont pas été communiqués audit comité ; le licenciement de Mme K. est ainsi intervenu en méconnaissance des dispositions précitées de l'article L. 321-1-1 du code du travail ; dès lors le ministre était tenu d'annuler la décision... par laquelle l'inspecteur du travail avait autorisé le licenciement...* » (CAA Paris 23.03.99, Sté Seriee SA, n° 97PA00800).

2.2.7) Septième situation : Le salarié protégé est licencié postérieurement à l'expiration de son mandat pour des faits commis antérieurement à cette date :

Par un arrêt du 27 juin 2007 (n°06-40399) la chambre sociale a réaffirmé que le salarié protégé ne peut être licencié au terme de son mandat en raison de faits commis pendant la période de protection et qui devaient être soumis à l'inspecteur du travail. La chambre sociale avait déjà affirmé ce principe (23 novembre 2004, Bull. civ. V n° 295) d'où il découle que le licenciement ne peut être jugé que comme dépourvu de cause réelle et sérieuse.

Cette jurisprudence est cohérente avec celle sanctionnant le licenciement du salarié protégé intervenu en méconnaissance du statut protecteur : tout comme le licenciement notifié sans autorisation, le licenciement engagé tardivement dans le but de contourner la protection ne saurait avoir de cause réelle et sérieuse.

Faudrait-il reconnaître à l'administration compétence pour se prononcer sur ces faits dès lors qu'ils ont été commis pendant la période de protection ?

Une telle solution apparaît peu compatible avec les règles relatives à la compétence *rationae temporis* de l'autorité administrative : à la date à laquelle l'inspecteur du travail statue, le salarié doit encore bénéficier de la protection. Si tel n'est plus le cas, la demande doit être rejetée par l'administration (CE, 14 juin 1991, société Baze, rec. p. 238).

En outre, dans le cas d'un comportement continu, la question de l'appréciation de la date des faits peut s'avérer fort délicate. Aujourd'hui, il est aisé pour l'inspecteur de déterminer s'il est bien compétent *rationae temporis* ; en revanche, retenir comme critère pertinent la date à laquelle les faits ont été commis ne pourrait qu'engendrer une trop grande incertitude sur la question essentielle que constitue la compétence de l'administration pour autoriser le licenciement.

En outre, la solution retenue est opérationnelle : elle permet au salarié, par une seule action judiciaire, de contester le bien fondé de son licenciement. Si le juge reconnaît que ce dernier a été opéré en raison des activités syndicales, le licenciement pourra être déclaré nul et le salarié, s'il le demande, obtenir sa réintégration.

III) Le respect par le juge judiciaire de la compétence de la juridiction administrative

3.1) Le juge judiciaire doit respecter la compétence de la juridiction administrative :

Si le salarié saisit le Conseil des prud'hommes sur le fond pour qu'il statue sur la légalité de son licenciement et lui accorde des dommages-intérêts et/ou ordonne sa réintégration, deux situations sont possibles :

– si l’autorisation administrative a bien été accordée avant la notification du licenciement au salarié par l’employeur et si cette autorisation est devenue définitive.

Dans ce cas, le juge judiciaire, qui en principe, n’est pas compétent pour apprécier le caractère réel et sérieux du licenciement a la faculté, s’il estime que le bien-fondé de l’autorisation administrative est sérieusement contesté, de surseoir à statuer et de renvoyer les parties devant la juridiction administrative afin que cette dernière apprécie la légalité de la décision (Cass. soc. 18.03.82, Boulanger c./ Soc. Auxiliaire de chauffage ; Cass .soc. 14.05.87, société Grands Garages de l’Avenir, Bull V n°311).

Le recours en appréciation de légalité a pour objet d’obtenir, non une annulation, mais une déclaration relative à la légalité de l’acte administratif en cause. Le juge judiciaire tirera les conséquences de la déclaration du tribunal administratif : dans l’éventualité où le juge administratif estimerait que la décision en cause est entachée d’illégalité, le juge judiciaire pourrait, le cas échéant, condamner l’employeur à verser des dommages-intérêts pour absence de cause réelle et sérieuse.

En revanche, le juge judiciaire ne peut pas condamner l’employeur à indemniser la période comprise entre le licenciement et la décision du juge administratif (Cass. Soc. 26.09.2007, 05-45.665, Association Les Tourelles, SSI, 26.11.2007, n°1330). Cette solution se justifie par la considération de droit selon laquelle la décision déclarée illégale ne disparaît pas de l’ordonnancement juridique et que le jugement de déclaration d’illégalité n’est pas revêtu de l’autorité absolue de la chose jugée qui s’attache aux annulations pour excès de pouvoir prononcées par le juge administratif.

– si l’autorisation administrative a bien été accordée avant la notification du licenciement au salarié par l’employeur, mais n’est pas définitive, du fait de l’introduction d’un recours hiérarchique et/ou contentieux, le juge judiciaire doit surseoir à statuer dans l’attente d’une décision définitive.

3.2) Le juge judiciaire ne doit pas méconnaître la portée de la décision prise par l’administration

3.2.1) Le principe

Le juge judiciaire, à l’occasion de litiges dont il est saisi, doit tirer toutes les conséquences de la décision prise par l’autorité administrative.

Il en est ainsi dans les litiges se rapportant :

1) à la reconnaissance de la qualité de salarié protégé

Dès lors que l’inspecteur du travail a refusé l’autorisation de licencier une salariée au motif qu’elle bénéficiait de la protection instituée en faveur des demandeurs d’élections professionnelles, le juge du fond ne peut estimer que cette salariée ne bénéficiait pas de cette protection : la Cour de cassation a jugé « *qu’en statuant comme elle l’a fait, alors que la décision administrative s’imposait en l’état au juge judiciaire, qui ne pouvait en apprécier la légalité, fût-ce en présence d’une allégation de fraude, la Cour d’appel a violé... le principe de la séparation des pouvoirs* » (Cass. soc. 26.09.89, Kloc c./ Sté Ardico « Intermarché », Bull V n°541, RJS 98 n°864 ; Cass. soc. 12.07.2006, Demant c./ Assoc. Maternité hôpital Sainte-Croix, RJS 2006 n°1073 : refus d’examiner une demande au motif que le salarié ne bénéficiait pas de la protection prévue pour les salariés mandatés par la loi du 19 janvier 2000).

De même, dès lors que l’inspecteur du travail a refusé d’autoriser le licenciement d’un salarié qui avait demandé l’organisation des élections professionnelles dans son entreprise, lui

reconnaissant ainsi la qualité de salarié protégé, la juridiction des référés ne peut se déclarer incompétente au motif que l'application des dispositions du code du travail relatives à la protection spéciale se heurterait à une contestation sérieuse (Cass. soc. 26.06.2001, Luniaud c./ SA Cie Industrielle d'Aubeterre-sur-Drone, RJS 2001 n° 1158). **2) à la portée d'une décision de refus ou d'incompétence**

Lorsque le licenciement est intervenu en dépit du refus opposé par l'administration, le juge judiciaire ne peut « *sans violer le principe de séparation des pouvoirs, remettre en cause le bien fondé de la décision de refus d'autorisation de licenciement* » (Cass. soc. SA SHC et autres c./ Guinand et autres, 04.03.98, RJS 1998 n° 495).

S'il résulte de la décision de refus que le salarié avait été évincé de l'entreprise, le juge judiciaire doit analyser nécessairement cette éviction comme un licenciement prononcé en violation du statut protecteur (Cass. soc. 10.05.2006, Le Saux-Le Martelot c./ Sté LVT, RJS 2006 n°860 : la cour d'appel avait jugé que le salarié n'avait pas été évincé et que son contrat n'avait pas été rompu).

La prétendue illégalité de la décision de refus n'est pas de nature à enlever au licenciement intervenu son caractère délictuel (Cass. crim. 11.05.2004, Violi, Dr soc 2004 p. 919, Obs F. Duquesne).

Si l'autorité administrative a pris une décision d'incompétence sur une demande d'autorisation de mise à la retraite, seule l'annulation de cette décision par le juge est de nature à priver d'effet la décision d'employeur et de permettre au salarié de solliciter sa réintégration (Cass. soc. 12.10.2005, Caisse de garantie de l'immobilier FNAIM).

2) à la recevabilité des candidatures des salariés aux élections

Le recours hiérarchique présenté par l'employeur contre une décision de refus n'ayant pas d'effet suspensif, le juge saisi d'une demande d'annulation des élections à la suite du refus opposé par un employeur aux candidatures des salariés, dont le licenciement avait été refusé, ne peut déclarer surseoir à statuer sur cette demande jusqu'à ce que la juridiction administrative se soit définitivement prononcée (Cass. soc. 23.05.95, Mme Carabin c./ SA manufacture de Niderviller).

3) aux effets de la mise à pied

En cas de refus de l'autorisation de licenciement, la mise à pied du salarié protégé est annulée et ses effets supprimés de plein droit. Par suite, il n'appartient pas au juge judiciaire « *de se prononcer sur le bien fondé de la mise à pied* » (Cass. soc. 23.06.99, Guedes c./ SA Gibert Jeune Groupe, RJS 1999 n° 1092).

Eu égard à la portée de la décision par laquelle l'inspecteur du travail refuse le licenciement, le juge des référés du Conseil de prud'hommes a rejeté à bon droit la demande présentée par l'employeur et tendant à obtenir la suspension du contrat de travail du salarié dans l'attente de l'issue du recours hiérarchique, l'employeur ayant « *l'obligation de conserver le salarié protégé dans l'entreprise et de le rémunérer* » (Cass. soc. 08.06.97, SA Alain Buffa c./ Rodeschini, RJS 1997 n° 998).

3.2.2) Les limites du principe

1) Pour le juge civil

La Cour de cassation estime que si le juge judiciaire ne peut apprécier le caractère réel et sérieux du licenciement autorisé par l'administration, il reste cependant compétent :

1. **pour vérifier l'existence d'un contrat de travail** (Cass. soc. 30.11.2004, Molas c. / Guyoy, Bull. V n°308, RJS 2005 n°118, Dr soc 2005 p. 344 obs. B. Gauriau, Dalloz 2005 p. 168) ;

A ce titre, le juge est compétent pour vérifier si le contrat de travail de travail du salarié protégé n'a pas été transféré, par l'effet de l'article L.122-12, avant l'autorisation administrative de licenciement délivrée au cédant et ordonner la poursuite du contrat avec le cessionnaire (Cass. soc. 14.06.2006, société Siemens : en l'espèce, la cession était intervenue en 2000 et l'autorisation avait été délivrée au cédant le 26.01.2001 ; le juge des référés a pu légalement ordonner, à la demande du salarié, la poursuite du contrat de travail avec le cessionnaire, la Cour de cassation jugeant qu'il pouvait être « *fait abstraction* » de l'autorisation de licenciement).

2. « *pour apprécier les fautes commises par l'employeur pendant la période antérieure au licenciement* » (Cass. soc. 10.02.99, Association Maison Notre-Dame- du-Sacré-Cœur c./ Favray, RJS 1999 n° 390).

Si le juge estime que l'employeur a pris à l'encontre de son salarié une mesure discriminatoire, il peut allouer à ce dernier des dommages-intérêts en réparation du préjudice moral subi en conséquence.

Ne méconnaît pas la règle de séparation des pouvoirs la cour d'appel qui condamne pour licenciement sans cause réelle et sérieuse un cessionnaire refusant d'employer un salarié protégé dont le contrat de travail s'est poursuivi, dès lors qu'avait été transférée une entité économique autonome, nonobstant, d'une part, l'absence d'autorisation de transfert du salarié –seul le salarié pouvant se prévaloir de cette circonstance – et, d'autre part, la délivrance ultérieure d'une autorisation de licenciement au mandataire liquidateur (Cass. soc. 10.05.2001, SA Vutura c./ Royere, RJS 2001 n° 1037).

En tout état de cause, la décision de l'autorité administrative, statuant sur la demande d'autorisation de licenciement de représentants du personnel, n'a d'autorité qu'en ce qui concerne ces salariés et ne s'impose pas au juge judiciaire appelé à se prononcer sur le comportement des salariés non protégés (Cass. soc. 01.04.97, M. Devisme, Bull V n°731).

Pour le juge pénal

Le juge pénal n'est pas lié par les motifs des décisions de refus de licenciement de l'autorité administrative relatifs à la discrimination (Cass. crim. 08.10.91, RJS 1992 n° 51) ou à l'existence d'une entrave (Cass. crim. 12.12.78, Bull. crim. n° 353 p. 920).

IV) Les compétences du juge administratif

Le juge administratif est compétent pour contrôler la légalité de la décision prise par l'autorité administrative. Il lui appartient, et à lui seul, de se prononcer sur la légalité ou l'illégalité de la décision autorisant ou refusant le licenciement ou le transfert du salarié protégé.

Dans l'exercice de son contrôle, le juge administratif ne doit pas cependant empiéter sur les compétences reconnues au juge judiciaire et il ne peut ignorer la portée des décisions que ce dernier peut être amené à prendre.

4.1) Le respect par le juge administratif des compétences propres au juge judiciaire

Le principe de séparation entre la juridiction judiciaire et la juridiction administrative impose au juge administratif, d'une part, de rejeter des conclusions qui ne relèvent pas de sa

compétence, et d'autre part, de surseoir à statuer lorsque la solution du litige qui est lui est soumise soulève une « *question préjudicielle* » relevant de la compétence du juge judiciaire.

4.1.1) Les conclusions qui ne relèvent pas de la compétence de la juridiction administrative

La compétence du juge administratif se limite à l'appréciation de la légalité de la décision de l'administration qui est contestée devant lui. Il ne peut donc pas statuer sur des conclusions qui auraient pour objet :

- d'ordonner à l'entreprise de réintégrer le salarié protégé (CE, 12.07.95, M. Gobber, RJS 1995 n° 1031 ; CAA Lyon, 31.05.99, Société Main Assistance Nucléaire) ;

- de faire prononcer à l'égard de l'entreprise une astreinte pour assurer l'exécution de la décision prise par le juge administratif. Une telle conclusion doit être rejetée, le juge administratif n'étant pas compétent pour prononcer une astreinte à l'égard d'une société de droit privé qui n'est pas chargée de l'exécution d'un service public (CE, 22.06.90, M. Cartigny) ;

- de condamner l'entreprise à verser au salarié des dommages et intérêts. De telles conclusions relèvent de la compétence du juge judiciaire et ne peuvent être présentées devant la juridiction administrative (CE, 07.04.93 M. Ravatel ; CE, 23.06.95 Société CMC Mahieu, Rec. p. 1063 ; CE, 19.02.97, M. Walter) ;

- de condamner l'entreprise à verser au salarié les salaires que les salariés auraient dû percevoir depuis leur licenciement (CAA Lyon, 31.05.99, Société Main Assistance Nucléaire) ;

- de condamner l'entreprise à verser au salarié ses indemnités de rupture (indemnités de préavis et de licenciement) ainsi que, le cas échéant, l'indemnité prévue en cas d'annulation de la décision autorisant le licenciement.

4.1.2) Les questions préjudicielles

La solution du problème posé au juge administratif peut dépendre de la solution d'autres questions qui relèvent, en principe, de la compétence du juge judiciaire, comme par exemple l'interprétation des clauses d'un accord de droit privé (convention collective, accord d'entreprise, contrat de travail) ou la qualification du contrat de travail (contrat à durée déterminée ou indéterminée : CE, 28.06.89, Blaise).

Si la solution du problème ne soulève aucune difficulté, le juge administratif peut lui-même le résoudre et, par exemple, interpréter l'accord et trancher le litige au fond (pour un exemple quant à l'absence de contestation sérieuse de la portée d'une délégation de pouvoir accordée à un cadre commercial, cf. CE, 02.02.96, M. Duc).

Il peut valablement décider qu'il n'y a pas lieu de surseoir à statuer jusqu'à ce que le juge pénal ait statué sur des poursuites engagées à l'égard du chef d'entreprise dès lors qu'il estime que le motif économique avancé à l'appui de la demande d'autorisation (CE, 13.11.96, SA Grégory, Rec. p. 1193, RJS 1997 n° 63) ou que le motif disciplinaire de nature à justifier le licenciement (CE, 12.04.95, Teboul ; CE, 27.07.2005, Jolly) sont établis.

Cependant, si la question posée soulève une difficulté sérieuse, le juge administratif est tenu de renvoyer à l'autorité judiciaire l'examen de la question préjudicielle.

Ainsi, dès lors que le moyen tiré de la méconnaissance d'un accord d'entreprise relatif au droit syndical commande la solution du litige et que la validité de certaines stipulations de l'accord soulève une question sérieuse, le juge administratif est tenu de surseoir à statuer et de renvoyer l'examen de la question au juge judiciaire (CE, 29.05.92, Martinie). Le juge judiciaire ayant estimé illégale la clause dont la méconnaissance était invoquée par l'employeur à l'appui de sa demande, le Conseil d'État a jugé que « *la méconnaissance des*

stipulations ainsi illégales ne pouvait servir de fondement à la décision administrative autorisant le licenciement » (CE, 24.06.98, M. Martinie, RJS 1998 n° 1248).

Il en est de même quand le salarié soutient « *que la relation contractuelle le liant à son employeur n'avait pas une durée déterminée et que dès lors l'inspecteur du travail ne pouvait se borner à vérifier s'il faisait ou non l'objet d'une mesure discriminatoire... l'appréciation du bien-fondé de ce moyen dépend de la détermination de la nature du contrat... il n'appartient qu'à l'autorité judiciaire de trancher cette question... par suite, eu égard au caractère sérieux de la contestation soulevée, il y a lieu pour le juge administratif de surseoir à statuer jusqu'à ce que la juridiction compétente se soit prononcée sur cette question préjudicielle* » (CE, 28.06.89, Blaise ; voir également CE, 21.06.96, Ministre du Travail, n° 153975 ; CE, 06.05.96, Ministre du Travail c./ M. Todisco, Rec. p. 1191, conclusions du commissaire du gouvernement G. Bachelier, Droit social 1996 p. 943, RJS 1996 n° 811).

Il n'y a pas lieu pour le juge administratif de surseoir à statuer si la question posée a été tranchée par le juge judiciaire (CE, 06.05.96, Ministre du Travail c./ M. Todisco, précité).

La question qui peut se poser est celle de la détermination de la juridiction compétente au sein de l'ordre judiciaire pour statuer sur la question préjudicielle.

Dans une espèce soumise à la Cour de cassation le 18 mars 2008 (n°07-41813), la Chambre sociale a tranché en faveur du conseil de prud'hommes dans les conditions suivantes.

Un salarié protégé, mis à la retraite par son employeur, contestait que soient réunies les conditions de cette mise à la retraite. Il avait saisi le conseil de prud'hommes de cette contestation, et le tribunal administratif d'une demande d'annulation de l'autorisation administrative délivrée à son employeur. Le conseil de prud'hommes a sursis à statuer dans l'attente de la décision du juge administratif. De son côté, la cour administrative d'appel a décidé, à son tour, de surseoir à statuer jusqu'à ce que l'autorité judiciaire se soit prononcée sur la question préjudicielle liée à l'interprétation de l'accord collectif sur le fondement duquel l'employeur avait mis à la retraite son salarié. La question posée était de savoir quelle juridiction au sein de l'institution judiciaire était compétente pour connaître de la question préjudicielle :

- le tribunal de grande instance, juge de droit commun en matière d'interprétation des contrats et des conventions, et par conséquent compétent par principe pour répondre à une question préjudicielle dans ce domaine,
- ou le juge prud'homal, auquel le code de procédure civile reconnaît une compétence par voie d'exception lorsqu'il est saisi au principal d'une question nécessitant une telle interprétation.

Sans exclure la compétence du tribunal de grande instance, la chambre sociale admet que le juge prud'homal, précédemment saisi du litige opposant le salarié à son employeur, est compétent pour statuer sur une question préjudicielle relative à l'interprétation d'un accord collectif posée par le juge administratif dans le cadre d'un litige individuel opposant les mêmes parties. La solution apportée va ainsi dans le sens d'une simplification des démarches procédurales du salarié confronté aux limites de compétence des deux ordres de juridiction.

4.2) L'autorité de la chose jugée par le juge judiciaire

4.2.1) L'autorité de la chose jugée par le juge répressif

La question de la portée de l'autorité de la chose jugée par le juge pénal a été précisée par le Conseil d'Etat (CE, assemblée, 08.01.71, Ministre de l'Intérieur c./ Dame Desamis, Rec. p. 19 ; CE, assemblée, 05.05.76, Lerquemain Rec. p. 228).

Les principes guidant la jurisprudence du Conseil d'Etat sont les suivants :

1) L'autorité de chose jugée par le juge répressif est absolue en présence d'une décision devenue définitive d'une juridiction de jugement statuant sur l'action publique (pour un exemple : CE, 18.06.97, Smemhoun et autres, RJS 1997 n° 112). Les jugements prononçant la relaxe, au motif qu'il est certain que la personne poursuivie n'a pas commis les faits qui lui sont reprochés, ne font pas exception à ce principe (CE, 04.05.79, Ministre du Travail c./ Sidef, Rec., p. 846).

Un jugement pénal qui a fait l'objet d'un appel, sur lequel il n'a pas encore été statué, est dépourvu de l'autorité absolue de chose jugée. L'autorité administrative – ou le juge – qui se fonderait sur une condamnation qui n'est pas encore définitive, entacherait d'illégalité sa décision (CE, 26.05.97 M. Miranville). Une décision pénale frappée d'un pourvoi en cassation est regardée comme ayant un caractère définitif et est revêtue de l'autorité de la chose jugée (CE, 01.11.95, M. Lepage).

2) L'autorité absolue de la chose jugée s'attache aux réponses que le juge pénal a apportées à trois questions essentielles : le fait reproché a-t-il ou non été commis ? Est-il punissable ? L'inculpé ou le prévenu s'en est-il rendu coupable ? Le juge administratif n'est, en principe, pas lié par les qualifications que retient le juge pénal.

Elle s'attache en outre aux seules constatations de fait opérées par le juge et qui sont le support nécessaire de leurs décisions (CE, 05.10.98, société Blanchisserie Robot).

3) L'autorité de chose jugée ne s'attache pas aux motifs d'un jugement de relaxe tiré de ce que les faits reprochés ne sont pas établis (CE, 12.03.87, ONI, Rec. p. 90 ; CE, 14.04.95, Centre Hospitalier de Tourcoing) ou qu'un doute subsiste sur leur réalité (CE, 29.05.96, Leroy, RJS 1996 n° 810 ; CE, 10.06.91, Tiesse) ; dans ces cas, il appartient à l'autorité administrative et au juge administratif d'apprécier la réalité des faits.

4) Sont dépourvues de l'autorité absolue de la chose jugée :

- les décisions de classement sans suite prises par le ministère public ;
- les décisions intervenues dans le cadre de l'instruction ;
- les arrêts et ordonnances de non-lieu (CE, 14.01.83, MM. Asencio et Garcia ; CE, 20.04.83, Sté Provençale de résines appliquées ; CE, 07.05.97, M. Nicolai ; CAA Bordeaux, 17.12.98, M. Lefort et autres).

Le juge administratif d'appel peut s'appuyer sur les constatations opérées par le juge pénal, intervenues après le jugement du tribunal administratif, pour estimer que les faits reprochés aux salariés étaient établis (CE, 08.02.80, Charov Rec. p. 76 ; CE 17.04.92, Fekar, Rec., p. 1348 ; CE, 29.12.93, Pilorget, RJS 1994 n° 727 ; CE, 22.01.96 SEITA ; CE, 18.11.96, Association Bretagne Ateliers, RJS 1997 n° 64) ou pour considérer que la procédure de consultation du comité d'entreprise sur le licenciement du salarié protégé était irrégulière (CAA Lyon, 03.04.01, Ministre de l'équipement et Sté Transmontagne, 99LY02050).

Le Conseil d'Etat a estimé que la relaxe du salarié au bénéfice du doute ne faisait pas obstacle à ce que le tribunal administratif se prononce sur « *le bien-fondé du licenciement... tant sur l'exactitude matérielle des faits retenus que sur leur qualification juridique* » (CE, 10.06.91, Tiesse).

Dès lors que les faits reprochés au salarié ont été considérés comme établis de manière définitive par le juge pénal, ils ne sont pas susceptibles d'être discutés devant le juge administratif. Si le juge pénal a retenu des circonstances atténuantes, le juge administratif peut estimer que les faits commis constituent néanmoins une faute d'une gravité suffisante (CE, 09.12.77, Sté Gallice, Rec. p. 499). À l'inverse, les faits retenus par le juge pénal pour condamner un salarié peuvent ne pas être regardés par le juge administratif comme étant de

nature à justifier un licenciement pour faute (CE, 27.06.01, SARL des Câbleries Lapp c./ M. Kozole).

4.2.2) L'autorité de la chose jugée par le juge civil

En principe, l'autorité de la chose jugée, qui présente un caractère relatif, ne s'impose que si ces trois conditions sont remplies. Cependant, en matière de droit du travail, la jurisprudence admet que les décisions du juge civil s'imposent au juge administratif sans que soit réalisée la triple identité de parties, d'objet et de cause.

La jurisprudence montre que le juge administratif attache une portée particulière aux décisions du juge civil :

- si la désignation du salarié protégé en tant que délégué syndical est annulée par le tribunal d'instance, postérieurement à la décision par laquelle le ministre a autorisé son licenciement, le Conseil d'État en déduit que le licenciement ne nécessitait pas une autorisation administrative et que le Ministre du Travail, en l'accordant, a fait une fausse application des dispositions du code du travail (CE, 15.01.82, Sté Allard, Rec. p. 22) ; en revanche la Cour de cassation considère comme nul le licenciement sans autorisation d'un salarié candidat aux élections, même si la candidature est annulée ultérieurement pour fraude (Cass. soc. 28.11.2000, Fusalba c./ Laboratoire Colonna de Cinarca, RJS 2001 n° 214) ;

- si la désignation comme délégué syndical a été reconnue comme régulière par le tribunal d'instance, le salarié bénéficie de la protection (CE, 22.04.92, Le Denmat) ;

- le salarié élu membre du comité d'entreprise perd sa qualité d'élu à la date à laquelle le tribunal d'instance a annulé les élections (CE, 11.01.95, Comité Mosellan de Sauvegarde de l'Enfance, de l'Adolescence et des Adultes, Rec. p. 20).

- si par un arrêt de Cour d'appel, devenu irrévocable à la suite d'un pourvoi en cassation, il a été jugé que la mutation dont le salarié protégé avait fait l'objet, constituait une modification de son contrat de travail s'apparentant à un licenciement déguisé, le refus de l'intéressé d'exécuter cette décision ne pouvait justifier son licenciement (CE, 02.03.92, M. Jebali) ;

Le juge administratif, pour trancher les litiges qui lui sont soumis, peut tenir compte de ce qui a été jugé alors même qu'il n'a pas autorité de la chose jugée (CE, 09.04.2004, société Endel et Me Jacques, Tables p. 897, conclusions G. Bachelier : prise en compte d'un arrêt de cour d'appel rendu en référé).