

Le contentieux administratif de la responsabilité en cas de licenciement illégal d'un salarié protégé

par *Gérald CHALON*, Avocat au Barreau de Reims

PLAN

- I. Un régime de responsabilité fondé sur la faute simple de l'administration du travail
- II. La réparation des préjudices par l'administration

La protection contre le licenciement est un élément essentiel du statut exceptionnel dont bénéficient les salariés investis d'une fonction ou d'un mandat. Leur mission doit être assurée en toute indépendance et dans la plus grande sérénité possible. Le législateur a ainsi institué une procédure spéciale de licenciement qui fait intervenir un acteur extérieur à l'entreprise pour valider toute rupture du contrat de travail : l'inspecteur du travail. L'administration et, en cas de contentieux, les juges doivent contrôler à la fois la procédure et la réalité des faits invoqués par l'employeur dans sa demande d'autorisation de licencier, et ce comme l'a fermement précisé le Conseil d'Etat dès 1976 aux termes de son important arrêt *Safer d'Auvergne c. Bernette* (1). Cette protection exorbitante de droit commun est cependant loin d'être absolue (2). L'administration du travail peut autoriser un licenciement de salariés protégés et s'engage alors le cas échéant dans un contentieux. Le principe de la séparation des pouvoirs exige la saisine de la seule juridiction administrative pour connaître de l'annulation de la décision de l'Inspection du travail dans ce domaine (3). L'annulation définitive d'une autorisation de licenciement, dès lors qualifiée d'illégale, ouvre droit au salarié concerné à une indemnisation de son préjudice dans les conditions de l'article L. 2422-4 du Code du travail.

La pratique révèle que, dans la quasi-totalité des cas, le salarié concerné recherche cette réparation devant les juridictions civiles que sont les Conseils de prud'hommes, considérés comme étant les juges naturels des conflits relatifs au travail. La question qui doit cependant être posée est celle de la possibilité et de l'opportunité de saisir le juge administratif aux fins d'indemnisation. L'exégèse de la jurisprudence administrative et de la doctrine spécialisée (4) en la matière permet d'apporter des éléments de réponse certains. Ainsi le principe retenu par les juges administratifs est celui de la faute simple. Toute illégalité d'une décision d'autorisation de licenciement peut donc être considérée comme fautive et engager la responsabilité de l'administration (I). Cependant, toutes les fautes n'ont pas les mêmes conséquences sur le terrain indemnitaire, d'où la question des bons choix de procédure à engager pour assurer une réparation efficace pour les salariés concernés (II).

(1) Conseil d'Etat, 5 mai 1976, n° 98647 ; Rec. C.E, p. 232, Dr. soc. 1976, p. 345, concl. Dondoux, note J.-C. Venezia, Dr. Ouv. 1976 p. 431, n. M. Cohen

(2) G. Coudrais, La sécurité de l'emploi des salariés dits « protégés » : une jurisprudence en peau de chagrin, Dr. soc. 1992, p. 459.

(3) Aucune action prud'homale n'est recevable à défaut d'annulation préalable de l'autorisation de licenciement ; jurisprudence constante de la Chambre sociale de la Cour de

cassation, voir encore récemment, Cass. soc. 3 mars 2010, n° 08-42526.

(4) Très peu nombreuse au demeurant, voir principalement Hubert Rose et Yves Struillou, *Droit du licenciement des salariés protégés*, Economica, 3^e éd., 2007 et Jean-Yves Kerbouc'h, *Le statut protecteur des représentants du personnel*, Litec, éd. du Juris-Classeur, 2003.

I. Un régime de responsabilité fondé sur la faute simple de l'administration du travail

La responsabilité de l'administration du travail concernant l'illégalité d'une autorisation de licenciement d'un salarié protégé se situe à contre-courant des évolutions du régime de la responsabilité de la puissance publique dégagée par le Conseil d'Etat. Depuis la décision du Tribunal des conflits *Blanco* du 8 février 1873 (5), le principe de l'irresponsabilité de la puissance publique a été abandonné. La jurisprudence administrative restait néanmoins très réticente et les conditions posées pour l'engagement de la responsabilité strictes. Jusqu'à la fin des années soixante, les juges subordonnaient l'engagement de la responsabilité à la commission d'une faute lourde ou encore d'une faute manifeste et d'une particulière gravité. Le courant jurisprudentiel a cependant été celui de « l'abolition » (6) de l'exigence d'une faute lourde et d'une plus grande prise en compte des intérêts des administrés. L'utilisation du terme "abolition" est cependant ici excessive. Il existe encore quelques cas de responsabilité administrative pour faute lourde notamment dans le domaine des activités de contrôles effectués par l'administration. Le professeur Moreau n'hésite pas ainsi à préciser que : « *Le contentieux de la responsabilité du fait des activités de contrôle possède une unité : il est dominé par la faute lourde* » (7).

L'action de l'Inspection du travail sur les projets de licenciement des salariés protégés constitue une activité de contrôle de l'action des entreprises privées. Cependant, le principe retenu par le Conseil d'Etat pour engager la responsabilité de l'administration dans ce domaine est celui de la faute simple. Dès 1984, le Conseil d'Etat a en effet précisé à propos d'un refus illégal de faire droit à une demande de licenciement que « *l'illégalité commise par l'administration à refuser le licenciement de Mme X constitue une faute susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat* » (8). Aucune précision n'était donnée sur la nature de la faute. On sait cependant, depuis la jurisprudence *Driancourt* (9), que dès lors que les juges se placent sur le terrain de la responsabilité pour faute simple, la précision n'est pas nécessaire. Ce même principe sera consacré expressément par le Conseil d'Etat, en 1995, à propos cette fois d'une autorisation illégale de licencier (10). La Haute autorité précisera alors : « *Que cette illégalité, à supposer même qu'elle soit imputable à une simple*

erreur d'appréciation, a constitué une faute de nature à engager la responsabilité de la puissance publique, que par suite et quelle que puisse être par ailleurs la responsabilité encourue par l'employeur à l'égard de M. X., ce dernier était en droit d'obtenir la condamnation de l'Etat à réparer le préjudice tout à fait certain résultant de cette décision illégale » (10 bis).

Cette solution ne s'imposait pas avec évidence, notamment par rapport au droit commun de la responsabilité administrative dans les activités de contrôle. La jurisprudence administrative sur le contentieux des anciennes autorisations de licenciement pour motif économique avait d'ailleurs retenu l'exigence d'une faute lourde (11). En matière d'autorisation de licenciement des salariés protégés, la solution retenue par la Haute assemblée est donc inédite et certainement courageuse.

Cette position peut s'expliquer, pour une part, par la mission même des inspecteurs du travail. Toutes les activités de contrôle de l'administration ne sont pas identiques. Le contrôle peut être plus ou moins approfondi d'où des régimes de responsabilité différents. Un contrôle réduit à sa plus simple expression entraîne ainsi un régime de responsabilité pour faute lourde. En revanche, plus le contrôle sera poussé et affiné, plus la responsabilité pour faute simple de l'administration pourra être retenue.

En la matière, le rôle de l'Inspection du travail est de toute importance et sa mission très étendue. Cette dernière a été minutieusement détaillée par le juge administratif dès 1976, dans son arrêt précité, *Safer d'Auvergne*. La Haute juridiction a ainsi précisé que : « *Lorsque le licenciement d'un de ces salariés est envisagé, ce licenciement ne doit pas être en rapport avec les fonctions représentatives normalement exercées ou l'appartenance syndicale intéressée. Dans le cas où la demande de licenciement est motivée par un comportement fautif, il appartient à l'inspecteur du travail... et, le cas échéant, au ministre compétent de rechercher sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, si les faits reprochés au salarié sont d'une gravité suffisante pour justifier son licenciement compte tenu de l'ensemble des règles applicables au contrat de travail de l'intéressé et des exigences propres pour*

(5) T.C., 8 février 1873, *Blanco*, concl. David, D. 1873.3.17.

(6) Selon la formule du professeur Chapus, in *Droit Administratif Général*, Montchrestien, Domat droit public, tome 1, p. 1308.

(7) Jacques Moreau, "Responsabilité des activités de contrôle", *Juris-Classeur administratif*, n° 1.

(8) Conseil d'Etat, 21 mars 1984, *Société Gallice*, Rec. CE, p. 126, Dr. Ouv. 1984 p. 441.

(9) Conseil d'Etat, 26 janvier 1973, *Driancourt*, Rec. CE p. 77.

(10) AJDA 1995, p. 745, concl. Arrighi de Casanova, D. 1996, somm. p. 228.

(10 bis) 9 juin 1995, req. n° 90504.

(11) Conseil d'Etat, Ass., 2 juillet 1972, *Encoignard et Szecepaniasch*, Rec CE, p. 265.

l'exécution normale du mandat dont il est investi ; qu'en outre, pour refuser l'autorisation sollicitée, l'autorité administrative a la faculté de retenir les motifs d'intérêt général relevant de son pouvoir d'appréciation de l'opportunité, sous réserve qu'une atteinte excessive ne soit pas portée à l'un ou l'autre des intérêts en présence ». Cette méthode est systématiquement appliquée par les juges du fond. L'administration rappellera d'ailleurs l'ensemble de ces éléments dans sa circulaire n° 93/23 du 4 octobre de 1993.

La mission des inspecteurs du travail dépasse donc le simple contrôle de la demande d'autorisation. Ils doivent apprécier non seulement le bon respect de l'ensemble de la procédure, mais également le bien-fondé du licenciement lui-même. Ils « doivent se comporter quasiment en tant qu'employeurs » (12). L'étendue de leur mission et les vérifications approfondies qu'ils doivent être amenés à réaliser ont été définies pour ne pas laisser de place au doute, à l'indulgence ou à l'erreur. On comprend, dans ces conditions, que le moindre manquement de l'administration du travail, dans ce rôle, soit sanctionné par un régime de faute simple. Rien ne saurait justifier objectivement un régime restrictif de responsabilité.

Ce régime de faute simple vise également certainement à responsabiliser les acteurs de ce contrôle

sur leur rôle essentiel. Les salariés protégés occupent une place spécifique dans l'entreprise. Ils participent à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises. La rupture de leur contrat doit donc être objectivement et rigoureusement justifiée. A défaut, c'est toute la législation protectrice dont ils sont censés bénéficier qui serait vidée de sa substance.

In fine, le recours à un régime de responsabilité pour faute simple est donc lié à la préoccupation de satisfaire à la protection exceptionnelle que le Code du travail tend à assurer au salarié protégé. L'engagement de la responsabilité de l'administration du travail, dans des conditions peu exigeantes, interdit tout laxisme de l'administration et vise à dissuader toute initiative légère ou hasardeuse des employeurs.

L'admission de la faute simple a alors une conséquence implacable. Toute illégalité est fautive et à même d'engager la responsabilité de l'administration (13). La réparation du préjudice lié au licenciement illégal d'un salarié protégé n'incombe pas cependant forcément à l'administration. Le licenciement en soi est avant tout un acte de l'employeur. La réparation par l'administration des préjudices liés à un licenciement illégal dépendra avant tout de la nature de la faute.

II. La réparation des préjudices par l'administration

En droit administratif, la responsabilité pour faute est plus précisément une responsabilité pour faute prouvée. Le salarié aura la charge de l'administration de la preuve dans la faute qu'il allègue. Ce régime de preuve est cependant facilité par le caractère inquisitorial de la procédure administrative. Selon les affirmations du salarié, le juge peut prescrire à l'administration toutes mesures d'instructions utiles (notamment le versement au dossier de tous les éléments d'appréciation qu'elle détient).

Une fois la faute prouvée, plusieurs questions se doivent alors d'être posées sur le terrain de la réparation. Le salarié a déjà, en tout état de cause, droit au paiement d'une indemnité correspondant à la totalité du préjudice subi au cours de la période qui s'est écoulée entre son licenciement et sa réintégration si elle est demandée dans un délai de deux mois à compter de l'annulation définitive de l'autorisation de licenciement ou à l'expiration de ce délai dans le cas contraire (article L. 2422-1 du Code du travail). Il peut ensuite demander,

le cas échéant, des indemnités légales ou conventionnelles de licenciement, son préavis, voire des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Toute illégalité étant fautive, on pourrait ainsi penser de prime abord que le salarié peut saisir seulement la juridiction administrative et solliciter réparation de l'ensemble de ses préjudices suite à l'autorisation illégale de licencier qui lui a été notifiée. Le principe, en droit administratif, comme en droit privé, est cependant qu'une personne ne doit jamais être condamnée à payer une somme qu'elle ne doit pas (14). C'est ici un principe banal mais de toute première importance de par son caractère d'ordre public. De ce caractère, tous les moyens de nature à faire obstacle à une condamnation excédant ce qui est dû sont également d'ordre public et peuvent être relevés d'office par les juges : absence de préjudice, de relation causale ou encore imputabilité des dommages (15). Ce sont ces deux derniers éléments qui

(12) Selon l'expression de Jacques Moreau dans son étude précitée, "Responsabilité du fait des activités de contrôle", n° 81.

(13) Benoît Delaunay, *La faute de l'administration*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, tome 252, 2007, pp. 146 et s.

(14) Conseil d'Etat, 19 mars 1971, *Merguis* C.E p.235, RDP, 1972, p. 234, note M. Waline.

(15) Voir respectivement, Conseil d'Etat, 2 avril 1971, *Marchand*, Rec. CE, p. 273 ; CE, 3 janvier 1975, *De Playa*, Rec. CE p. 11 et CE, 14 avril 1961, *Dame Rastouil*, Rec. CE, p. 233.

ont principalement été source de contentieux pour les autorisations illégales de licenciement.

Les solutions retenues sont cependant parfois discutables.

La première des hypothèses à envisager est celle où l'annulation de l'autorisation de licenciement repose sur des points de droit strictement propres aux conditions de validité des actes administratifs : incompétence territoriale de l'Inspection du travail, absence de signature, non-respect du principe du contradictoire ou encore insuffisance de motivation. Dans ce cas de figure, la demande déposée par l'employeur était *a priori* fondée et l'annulation repose sur une faute exclusive de l'administration. Le salarié se voit alors offrir une option. Il peut saisir le juge administratif comme le juge judiciaire. Si l'employeur se voit imputer une condamnation définitive pour une illégalité qui ne lui incombe pas par les juges prud'hommes, il dispose d'une action récursoire contre l'Etat. La jurisprudence de la Haute assemblée admet cette voie procédurale dans de telles circonstances (16). L'enchevêtrement des mécanismes de responsabilité n'a pas cependant ici le mérite de la simplicité.

Dans l'hypothèse où le salarié entend limiter la réparation aux indemnités telles qu'elles sont définies à l'article L.2422-4 du Code du travail, il serait certainement plus judicieux de limiter son action à la seule juridiction administrative. Cette solution s'impose d'autant plus que l'action du salarié peut alors se limiter à un seul recours en plein contentieux subjectif au terme duquel il sollicitera à la fois l'illégalité de la décision de l'Inspection du travail et son indemnisation. Le salarié pourra invoquer le préjudice résultant de la perte de rémunération, à savoir la différence entre le salaire net qu'il aurait perçu en l'absence d'autorisation et le montant des indemnités de chômage perçues (17). Le salarié pourra également invoquer son préjudice moral et plus généralement les troubles occasionnés dans ses conditions d'existence (18). Une telle solution éviterait le recours en excès de pouvoir du salarié devant le Tribunal administratif, le recours indemnitaire devant le Conseil de prud'hommes et l'action récursoire de l'employeur devant le Tribunal administratif...

La mise en place d'un seul recours devant le Tribunal administratif pourrait être même plus avantageuse pour le salarié. L'article L.2422-4 limite en effet l'indemnité à la totalité du préjudice subi au cours de la période écoulée entre le licenciement et l'expiration d'un délai de deux mois à compter de l'annulation définitive si le salarié n'a pas demandé sa réintégration. Cette limitation

temporelle ne s'impose pas *a priori* au juge administratif, le Code du travail ne trouvant pas à s'appliquer devant cette juridiction.

La saisine des juridictions administratives aux fins de réparation apparaît cependant moins pertinente dans l'hypothèse d'une illégalité affectant le fond de l'autorisation administrative de licenciement. Le Conseil d'Etat a déjà jugé que les indemnités de rupture (légalles ou conventionnelles) comme l'indemnité de préavis et l'indemnité compensatrice de congés payés sur préavis ne pouvaient être mises à la charge de l'administration (19).

Cette position est logique. Au regard de la procédure même de licenciement des salariés protégés, ces derniers sont d'abord convoqués à entretien préalable « *en vue d'un éventuel licenciement* », selon la formule habituelle. C'est seulement ensuite que l'employeur saisit l'administration de sa demande d'autorisation de licenciement. Les juges administratifs ont considéré ici que la saisine, après entretien préalable, de l'administration traduisait la décision définitive prise par l'employeur de licencier son salarié. L'employeur peut toujours ne pas licencier son salarié même en présence d'une autorisation administrative de licenciement. Il s'agit alors ici seulement d'une renonciation à son projet. La décision de l'employeur de mettre fin au contrat doit être considérée comme acquise lors de la saisine de l'administration du travail. Les conséquences indemnitaires de cette décision de rupture ne sauraient donc être imputées à l'administration en cas d'annulation ultérieure de la décision de licenciement. Cette décision est étrangère à l'autorisation administrative.

Dans d'autres hypothèses, le juge administratif admet un partage de responsabilité entre l'administration et l'employeur.

Le juge administratif peut toujours décider, s'il estime que l'illégalité commise est également imputable à l'entreprise, d'atténuer la responsabilité de l'Etat. Ainsi, si les juridictions administratives retiennent systématiquement que l'illégalité d'une autorisation de licenciement constitue une faute de nature à engager la responsabilité de la puissance publique, elles n'hésitent pas également à juger que cette responsabilité peut être atténuée par la faute commise par l'employeur. Les juges du fond n'hésitent pas à estimer que la faute de l'entreprise peut exonérer l'Etat de la moitié de la responsabilité encourue (20). Le comportement de l'employeur doit donc être pris en compte dès lors que le dommage a également été causé par ce dernier.

(16) Conseil d'Etat, 26 février 2001, *Société CPL Davoine*, Rec. CE, Tables, p. 1235, RJS 2001, n° 766.

(17) Voir en ce sens, CAA Paris, 30 juin 2003, *Frentzel*, n° 99PA04261

(18) Voir en ce sens, Hubert Rose et Yves Struillou, *Droit du licenciement des salariés protégés*, précité, n° 1188.

(19) Conseil d'Etat, 26 février 2001 précité et CAA Paris, n° 03PA000159.

(20) CAA Nancy, 9 octobre 1990, *Sté Davoine*, Rec. CE, p. 1018.

Dans cette hypothèse, la saisine de la seule juridiction administrative peut aboutir à une indemnisation partielle du préjudice subi par le salarié protégé illégalement évincé.

D'un point de vue procédural, la meilleure des solutions consiste à saisir la seule juridiction civile que constitue le Conseil de prud'hommes, à charge ensuite à la société employeur d'engager une action récursoire devant la juridiction administrative pour obtenir un remboursement d'une partie de la condamnation qui lui est imputable. L'intérêt du salarié n'est pas d'intenter deux actions en justice sachant qu'une seule peut aboutir au même résultat.

L'utilité d'une saisine du Tribunal administratif peut néanmoins rester certaine dans l'hypothèse où l'entreprise a disparu ou connaît des difficultés de solvabilité. La prise en charge des condamnations judiciaires par les AGS est de toute façon plafonnée. Une action devant les juridictions administratives peut ainsi être l'occasion pour le salarié d'obtenir une meilleure indemnisation de l'ensemble de ses préjudices.

En tout état de cause, la saisine des juridictions administratives peut même dans certains cas s'avérer salvatrice. Une autorisation de licenciement définitive s'impose en effet aux juridictions de l'ordre judiciaire. Ces dernières ne peuvent passer outre. La Cour de cassation vient encore récemment de rappeler ce principe.

Dans l'hypothèse d'un refus d'annulation par les juridictions administratives de l'autorisation de licenciement, le salarié protégé a cependant toujours la possibilité d'introduire un recours en plein contentieux subjectif. Il est fort à parier ici que les moyens d'annulation soulevés dans le recours pour excès de pouvoir ne seront pas *a fortiori* retenus dans le recours en plein contentieux.

L'utilité d'un tel recours peut néanmoins s'imposer dans plusieurs cas. Le premier se situe sur le terrain probatoire. Après l'échec d'une procédure en annulation, le salarié protégé peut en effet être à même de produire éventuellement de nouvelles preuves de l'illégalité de la décision initiale d'autorisation de licenciement. Ces nouveaux éléments pourront alors être invoqués dans le cadre du recours en plein contentieux et être recevables. Cela peut notamment être le cas en matière de licenciement pour motif économique dans la mesure où les juges vont apprécier la légalité de l'autorisation de licencier au regard de l'ensemble des éléments qui leur sont présentés.

En outre, l'omission d'un moyen à même de faire déclarer illégale l'autorisation de licenciement dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir illustre également l'opportunité d'engager un recours en plein contentieux. Il s'agira alors ici pour le salarié de la dernière voie procédurale qui s'offre à lui et seule la règle de la prescription quadriennale applicable en droit administratif peut éventuellement limiter son action.

En tout état de cause, l'examen de la jurisprudence laisse sans réponse la question du débiteur de l'obligation de réparation suite à une autorisation de licenciement illégale quand cette annulation repose sur un motif d'intérêt général. Il n'y a alors aucune faute strictement propre à l'activité de contrôle de l'administration. Il n'y a pas non plus de faute quant à la procédure et à l'appréciation du caractère bien fondé du licenciement. Ce sont des considérations liées à l'ordre public social qui exigent le maintien du salarié protégé dans l'entreprise. Cette question mériterait une réflexion et des développements ultérieurs.

Gérald Chalon