

N° 425779

M. B...

QPC

4^{ème} et 1^{ère} chambres réunies

Séance du 27 février 2019

Lecture du 7 mars 2019

CONCLUSIONS

Mme Sophie-Justine Lieber, Rapporteur public

La société Fiducial Private Security (FPS), spécialisée dans la « sécurité privée » et devenue employeur de M. B... après avoir racheté la société Néosecurity, où il était responsable d'exploitation, a souhaité licencier ce dernier pour motif disciplinaire, lui reprochant un usage à des fins personnelles de son véhicule de fonction. L'intéressé étant salarié protégé au titre de ses mandats de délégué syndical et de représentant syndical au comité d'établissement, la société a demandé l'autorisation de le licencier. L'inspecteur du travail compétent ayant refusé l'autorisation, la société a saisi d'un recours hiérarchique le ministre du travail, qui par une décision du 8 octobre 2018, a annulé la décision de refus de l'inspecteur du travail et octroyé l'autorisation sollicitée. Le 15 octobre 2018, l'intéressé a saisi le TA de Strasbourg d'un recours en excès de pouvoir contre cette décision d'autorisation, dont il a demandé, en parallèle, la suspension au juge des référés. Le lendemain, 16 octobre 2018, son employeur lui a notifié son licenciement. Le juge des référés du TA de Strasbourg, par une ordonnance du 9 novembre 2018, a alors jugé que la décision de licenciement ayant été entièrement exécutée, le litige avait perdu son objet – appliquant ainsi la solution de votre décision de Section du 16 décembre 1977, *L...*, n° 04895, au rec. p. 508, qui juge que des conclusions tendant au sursis à exécution de la décision d'autorisation de licenciement du ministre chargé du travail sont sans objet dès lors que le licenciement est intervenu, la décision d'autorisation ayant été entièrement exécutée.

M. B... s'est alors pourvu en cassation contre cette ordonnance et a introduit, par deux mémoires distincts, deux QPC, toutes les deux portant sur la constitutionnalité des articles L. 521-1 du CJA et L. 1232-6 du code du travail. Le requérant soutient en effet qu'en ne prévoyant pas, dans ces dispositions législatives, de dispositif permettant d'empêcher l'employeur de prononcer le licenciement du salarié protégé avant que le juge des référés ait pu statuer sur une éventuelle demande de suspension de l'autorisation administrative de licenciement, le législateur a méconnu, d'une part le droit à un recours effectif (c'est la première QPC), et d'autre part, le principe d'égalité devant la loi des salariés « ordinaires » et des salariés protégés (2^{ème} QPC). Vous pourrez joindre ces deux QPC, qui portent sur les mêmes dispositions législatives même si c'est au regard des droits et libertés différents.

1. Vous relèverez tout d'abord, avant d'examiner si les trois conditions posées par l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 sont remplies, que la critique du requérant ne se borne pas à critiquer les conséquences de votre jurisprudence *L...*, mais reproche au législateur

de ne pas avoir inscrit dans la loi des garanties suffisantes. Et cette critique de l'incompétence négative du législateur remplit par ailleurs les conditions posées par la décision du CC du 18 juin 2010, n° 2010-5, *Kimberly Clark*, puisque le requérant soutient que cette carence du législateur est de nature à affecter des droits garantis par la Constitution – le droit à un recours juridictionnel effectif étant garanti par l'article 16 de la DDHC et le principe d'égalité devant la loi par l'article 6 de la même DDHC.

Les deux premières conditions posées par l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 sont remplies :

- les articles L. 521-1 et L. 1232-6 du code du travail sont bien applicables au litige ;
- et aucun des deux n'a déjà été soumis au contrôle du Conseil constitutionnel.

La condition de caractère sérieux est plus délicate.

2. Nous commencerons par l'examen du caractère sérieux de la question de la constitutionnalité de l'article L. 1232-6 du code du travail. Celui-ci, dans sa version applicable au litige, issue en dernier lieu de la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018¹, dispose que *« lorsque l'employeur décide de licencier un salarié, il lui notifie sa décision par lettre recommandée avec avis de réception. / Cette lettre comporte l'énoncé du ou des motifs invoqués par l'employeur. / Elle ne peut être expédiée moins de deux jours ouvrables après la date prévue de l'entretien préalable au licenciement auquel le salarié a été convoqué. / Un décret en Conseil d'Etat détermine les modalités d'application du présent article (...) »*.

Le requérant vous explique que la rupture du contrat de travail intervient à la date d'envoi par l'employeur de la lettre de licenciement au salarié, et que vous en avez déduit, dans la lignée de votre jurisprudence *L...* précitée, que la demande de suspension de l'autorisation est irrecevable si elle intervient après l'envoi de cette lettre, et que, dans les cas où la lettre est envoyée postérieurement à la demande de suspension, elle rend cette demande de suspension sans objet (voir notamment 7 décembre 2009, *Société CM-CIC Asset Management*, n° 327259, aux T.).

Comme l'indiquait Mme Latournerie dans ses conclusions sur votre décision *L...*, *« dès l'instant où l'employeur a fait usage de cette autorisation en prononçant le licenciement, elle n'est plus susceptible de produire aucun effet de droit (...) lorsque l'acte litigieux a produit tous ses effets de droit, le sursis à exécution n'a donc plus aucune raison d'être et une décision juridictionnelle le prononçant serait vidée de toute substance réelle (...) »*. Et ce raisonnement est bien entendu transposable au référé-suspension (2 juillet 2003, *L...*, n° 244435, aux T., 7 décembre 2009, *Société CM-CIC Asset Management*, n° 327259, aux T., précitée) – et a d'ailleurs été opposé à l'intéressé. Il en déduit que cette solution porte atteinte au droit à un recours effectif, *« en particulier en ce qu'elle fait dépendre l'effectivité d'un recours institué par la loi, du seul comportement de la partie adverse »* – en l'occurrence de l'employeur. Le requérant souligne en effet que l'employeur, dès lors qu'il est informé par le greffe de l'existence d'une requête en référé-suspension contre la décision d'autorisation, a tout intérêt à adresser dès que possible au salarié la lettre de licenciement, afin de rendre la requête sans objet – *« course de vitesse »* qui est d'ailleurs *« souvent gagnée par*

¹ Dans sa décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018, le CC ne s'est pas prononcé sur les dispositions en cause. Aucune des autres modifications de l'article n'a été soumise au Conseil constitutionnel, à l'exception d'une modification portée par la loi n° 89-549, mais l'alinéa examiné à cette occasion par le Conseil constitutionnel a disparu depuis.

l'employeur » (cf. conclusions de Gaëlle Dumortier sur votre décision du 21 février 2014, *Comité d'entreprise de la société IPL Atlantique et autres*, n° 374409, aux T.).

Cette critique est-elle sérieuse ? Vous relèverez tout d'abord que l'article L. 1232-6 du code du travail, en tant qu'il ne comporte pas de mécanisme permettant de garantir l'effectivité du référé-suspension, nous paraît être une « cible » possible de cette critique : certes, cet article définit, de façon générale, la procédure de notification du licenciement au salarié, sans précisions particulières pour ce qui est des salariés protégés. Mais il pourrait être le support adéquat pour prévoir un différé de l'effet du licenciement en cas de référé-suspension contre une décision administrative d'autorisation, autrement dit pour que le législateur y ajoute, le cas échéant, les garanties en question.

Ensuite, même s'il existe un recours au fond qui permet au salarié de contester la décision d'autorisation, l'absence d'effectivité du recours en référé-suspension lui cause néanmoins des préjudices importants : la décision d'autorisation de licenciement étant immédiatement exécutoire, le licenciement peut avoir lieu tout de suite. Or le juge judiciaire des référés ne peut pas prendre le relais du juge administratif des référés : en effet, dès lors que le licenciement ait été prononcé après une autorisation administrative, il ne peut, en application du principe de séparation des pouvoirs, apprécier le caractère réel et sérieux du licenciement². Il doit donc nécessairement surseoir à statuer jusqu'à ce que le juge administratif se soit prononcé au fond sur la décision d'autorisation de licenciement. Même si, en principe, une fois acquise l'annulation de l'autorisation, l'intéressé aura droit non seulement à une réparation indemnitaire, mais aussi à une remise en l'état antérieur avec une réintégration et le versement des salaires durant la période d'éviction, il n'en reste pas moins que l'absence d'effectivité du référé suspension a des effets immédiats importants pour le salarié (perte de son emploi) – et fait d'ailleurs l'objet de vives critiques de la doctrine (voir notamment : Rémi Bonnefont, *Retour sur une ancienne difficulté non résolue : les salariés protégés privés du droit d'accès au juge des référés*, Droit social 2013. 358, qui évoque une « *mécanique infernale* » et appelle à un mécanisme de standstill inspiré du référé contractuel des marchés publics ; ou encore la chronique de M.-C. Rouault et F. Duquesne, à la RJS 2010).

Il faut en outre tenir compte d'un autre effet de l'absence d'effectivité du référé-suspension : en raison du licenciement du salarié protégé, la communauté des salariés de l'entreprise perd l'un de ses représentants. Or, même en cas d'annulation de l'autorisation administrative de licenciement et de rétablissement du salarié protégé dans ces droits, avec une éventuelle indemnisation, cet aspect ne pourra jamais être réparé.

Vous pourriez éventuellement vous interroger sur l'application que pourraient faire le juge des référés judiciaire de l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 6 février 2013, n°s 11-11740 et suivants, Bull. 2013 n° 27, signalé dans le rapport annuel de la Cour. Cet arrêt retient que les pouvoirs du juge des référés octroyés par le code du travail, qui lui permettent en cas de violation d'une liberté fondamentale, d'ordonner toutes mesures utiles – y compris la poursuite des relations contractuelles – peuvent notamment s'appliquer lorsque la liberté fondamentale en cause est celle d'agir en justice, lorsque l'employeur procède au

² L'extension des pouvoirs du juge des référés en cas de licenciement d'un salarié protégé – la ch. Soc. de la C. cass. considère désormais qu'on ne peut opposer la contestation sérieuse lorsqu'est invoquée une question liée à la violation du statut protecteur qui justifie une remise immédiate dans l'attente que soit tranchée la question de fond : Soc. 23 nov. 1999, Bull. V n° 450 et Soc., 28 sept. 2017, n° 16-10.236.

licenciement en rétorsion à une action en justice du salarié³. Mais il n'est pas certain que la Cour de cassation validerait une application de cette jurisprudence au cas où le juge des référés serait saisi par un salarié protégé licencié, dès lors que, dans un tel cas, le projet de licenciement vient en amont, et non en aval, de la procédure juridictionnelle. Cette construction jurisprudentielle ne suffit donc pas à couvrir cet angle mort dans la protection du salarié protégé.

Vous relèverez par ailleurs que, si le Conseil constitutionnel juge que le caractère suspensif du recours n'est pas, par lui-même, une exigence constitutionnelle indispensable à assurer le caractère effectif du recours (CC, 13 août 1993, décision n° 93-325 DC ; 30 juillet 2010, décision n° 2010-19/27 QPC ; et CE, 9 novembre 2011, *G...*, n° 351890), il intègre toutefois, dans l'appréciation globale qu'il porte sur l'équilibre de la procédure, l'existence du caractère suspensif ou non du recours, ce qui peut le conduire, dans certaines circonstances, à constater que l'absence d'effet suspensif méconnaît le droit à un recours juridictionnel effectif. Ainsi, le CC a par exemple jugé que l'article 389 du code des douanes était inconstitutionnel, au regard des conséquences résultant de l'exécution d'une mesure d'aliénation des biens prononcée par le juge en application de cet article, alors que la procédure n'était pas contradictoire et que le recours contre cette décision n'avait pas de caractère suspensif. Il a procédé à un raisonnement comparable dans sa décision n° 2015-500 QPC du 27 novembre 2015 QPC, au sujet de la procédure de contestation par l'employeur de la prise en charge des frais d'une expertise décidée par le CHSCT, estimant que « *la combinaison de l'absence d'effet suspensif du recours de l'employeur et de l'absence de délai d'examen de ce recours* » conduisait à ce que l'employeur soit privé de toute protection de son droit de propriété en dépit de l'exercice d'une voie de recours, et que la procédure applicable méconnaissait donc les exigences découlant de l'article 16 de la DDHC. Voir également, pour la prise en compte du caractère suspensif du recours dans l'équilibre de la procédure, la décision du CC n° 2017-632 QPC du 2 juin 2017 (portant sur les dispositions organisant la procédure collégiale préalable à la décision de limitation ou d'arrêt des traitements d'une personne hors d'état d'exprimer sa volonté)⁴.

Dans ces conditions, les deux QPC, en tant qu'elles portent sur la constitutionnalité de l'article L. 1232-6 du code du travail, notamment au regard du droit à un recours effectif, nous paraissent revêtir un caractère sérieux. Et, si la critique au regard du principe d'égalité devant la loi entre salariés protégés et ordinaires nous semble moins pertinente (il s'agit de deux procédures juridictionnelles différentes, devant deux ordres de juridiction distincts, justifiées par une différence très nette de situation), nous vous proposons néanmoins de transmettre au CC la question de la conformité à la Constitution de l'article L. 1232-6 du code du travail.

3. Il n'en va pas de même, pensons-nous, de ces QPC en tant qu'elles sont dirigées vers l'article L. 521-1 du CJA. Les dispositions de cet article ont en effet pour seul objet de déterminer les règles de droit commun applicables à la procédure de référé-suspension devant le juge administratif. Et vous avez, par ailleurs, déjà refusé la transmission d'une QPC portant sur cet article, au motif que l'exigence d'une condition d'urgence, laquelle vise précisément à

³ Sur cette jurisprudence, voir également l'article de J. Mouly, une avancée spectaculaire du droit du salarié d'agit en justice contre l'employeur : la nullité de principe des mesures de rétorsion, *Droit social* 2013. 415.

⁴ Dans le même esprit, voir aussi la décision du CC du 23 janvier 1987, n° 86-224 DC « Conseil de la concurrence » : le CC a jugé que compte-tenu de l'étendue des injonctions et de la gravité des sanctions pécuniaires que le conseil de la concurrence pouvait prononcer, le droit pour le justiciable de demander et d'obtenir, le cas échéant, un sursis à exécution de la décision attaquée constituait une garantie essentielle des droits de la défense.

tenir compte de la gravité des conséquences possibles de la décision contestée, n'apportait pas de restriction excessive au droit au recours effectif (cf. 29 avril 2013, *A...*, n° 366058, aux T., aux concl. d'A. Lallet).

PCMNC au renvoi de la question de la conformité à la Constitution de l'article L. 1232-6 du code du travail au Conseil constitutionnel, et au non-renvoi de la question de la conformité à la Constitution de l'article L. 521-1 du CJA. Et vous devrez sursoir à statuer sur le pourvoi du requérant, jusqu'à ce que le Conseil constitutionnel ait statué.