

N° 395350

M. L...

5^{ème} et 4^{ème} chambres réunies

Séance du 5 mai 2017

Lecture du 5 juillet 2017

Décision à mentionner aux tables du recueil Lebon

CONCLUSIONS

M. Nicolas POLGE, rapporteur public

L'article L. 4111-1 du code du travail a étendu aux établissements publics de santé les dispositions du livre IV de ce code relatives aux représentants du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT), seuls étant exclus du champ de cette extension, ainsi que le rappelle l'article R. 2411-1 du même code, les fonctionnaires titulaires. Vous en avez déduit que les dispositions de l'article L. 2411-13 du même code, qui disposent qu'un représentant du personnel au CHSCT ne peut être licencié qu'avec l'autorisation de l'inspecteur du travail, et qui sont inséparables de celles du livre quatrième de ce code, sont applicables, pour ce qui concerne les agents non titulaires, aux établissements publics de santé. (9 mai 2011, *L...*, n°342863, T. 981, 988, 1162, 1180, 1181).

Sur le terrain de la légalité, vous mettez en œuvre avec rigueur la protection de ces salariés, en jugeant que lorsque l'inspecteur du travail constate que le licenciement envisagé est en lien avec l'exercice du mandat, il est tenu de refuser l'autorisation, et que la circonstance que les motifs de fond avancés par l'employeur, comme la faute, l'inaptitude professionnelle ou un licenciement économique, seraient valides est, dans ce cas, inopérante (31 janvier 1975, *F...*, n°88927, p. 75 ; 20 mai 1994, *Sté LMEI Bourgogne*, n° 106197, T. 1216 ; 16 juin 1995, *SA Soubitez*, 139337, T. 1063 ; 21 septembre 2016, *P...*, 396887, p. 393).

Que doit-il en être dans le contentieux de la responsabilité ?

C'est la question nouvelle que la situation de M. L... vous conduit à aborder, puisqu'elle vous fait connaître d'une situation où une décision de licenciement d'un agent contractuel public a été annulée par un jugement devenu définitif, au motif que cette décision aurait dû être précédée, compte tenu du statut de membre du CHSCT de l'intéressé, de la consultation de la commission paritaire et de l'autorisation de l'inspecteur du travail, mais où, l'agent n'ayant pas souhaité être réintégré, le litige porte exclusivement désormais sur la demande d'indemnisation de M. L..., qui se prévaut de l'illégalité fautive de la décision prononçant son licenciement.

La cour administrative d'appel l'a rejetée par une application combinée de la jurisprudence *C...* (Sect., 19 juin 1981, n° 20 619, p. 274) selon laquelle une décision irrégulière en la forme, quoique fautive, n'engage pas la responsabilité de la puissance publique si elle est justifiée sur

le fond, et de la jurisprudence *A...* (Sect., 31 décembre 2008, n° 283256, p. 481), qui reconnaît le droit d'un agent contractuel de droit public recruté par un contrat irrégulier, sans être fictif ou frauduleux, à la régularisation de son contrat mais prévoit que si cette régularisation n'est pas possible, un emploi de niveau équivalent doit lui être proposé, dans la limite des droits résultant de son contrat initial, et qu'en cas de refus ou d'impossibilité, l'administration est alors tenue de le licencier.

La cour a retenu que l'employeur de *M. L...*, le centre hospitalier de Pontails, administration se trouvait en l'espèce dans cette dernière situation de compétence liée, et elle a dès lors regardé comme inopérants tous les moyens de légalité tant externes qu'internes rticulés à l'égard de cette décision (Sect., 17 juillet 1953, *Société des établissements Dubout*, p. 383 ; Sect., 3 février 1999, *M...*, n° 149 722, Rec. p. 6) autres que celui qui discuterait l'existence même d'une compétence liée.

Ce raisonnement paraît éloigné de celle de la chambre sociale de la cour de cassation, qui reconnaît au salarié protégé dont le contrat de travail a été résilié sans autorisation de l'inspecteur du travail, à titre de sanction de la violation de son statut protecteur, le droit à une indemnité égale au montant des rémunérations qu'il aurait perçues depuis la date de son éviction jusqu'à l'expiration de la période de protection (Cass. soc., 23 mai 2000, *E... c. Association CREA-Centre*, n° 97-45.204, Bulletin 2000 V n° 200 p. 154¹).

Faut-il, comme la chambre sociale, estimer que dans toutes les situations il existe un lien direct entre l'irrégularité du licenciement, faute des formalités préalables, et la privation du salaire ? Trois approches paraissent possibles.

Il est d'abord envisageable d'importer purement le raisonnement de la chambre sociale, qui a le mérite de la simplicité pour le juge et de la rigueur envers les employeurs.

Une approche plus sophistiquée consisterait à ne reconnaître de lien de causalité entre l'irrégularité et le préjudice invoqué que dans le cas où l'absence d'autorisation de l'inspecteur du travail a permis le licenciement, autrement dit lorsque le juge constate que le licenciement était en lien avec le mandat. Ce constat exige de lui qu'il s'attache à l'analyse qui aurait dû incomber à l'inspecteur du travail, sans disposer de la même expérience ni, à tout le moins en pratique, des mêmes moyens d'investigation, avant d'en tirer les conséquences sur l'indemnisation de l'agent contractuel. Cette analyse plus complexe du lien entre l'irrégularité

¹ Dans le cas d'un salarié membre du comité d'entreprise mis à la retraite sans autorisation de l'inspecteur du travail : « *Attendu que pour limiter la somme due à M. E... par l'employeur en réparation du dommage résultant de la violation du statut protecteur des représentants du personnel, la cour d'appel a énoncé que la protection exorbitante du droit commun instituée par le législateur en faveur de salariés investis de fonctions représentatives, interdit à l'employeur de poursuivre par d'autres moyens la rupture du contrat de travail ; qu'à défaut d'avoir suivi la procédure spécifique, le CREA sera condamné à verser à M. E... la somme de 40 000 francs en réparation de la violation de ses droits de salarié protégé ;*

Qu'en statuant ainsi, alors que le contrat de travail du salarié ayant été résilié sans autorisation de l'inspecteur du travail, l'intéressé avait droit, à titre de sanction de la violation du statut protecteur, à une indemnité égale au montant des rémunérations qu'il aurait perçues depuis la date de son éviction jusqu'à l'expiration de la période légale de protection, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

et la privation de salaires a pour effet de minorer la portée du recours à l'inspecteur du travail, puisque dans certaines situations le juge administratif sera conduit, contrairement au juge judiciaire, à exonérer l'employeur de sanction pécuniaire malgré la méconnaissance de l'obligation de demander l'autorisation de l'inspecteur du travail.

Il est encore possible de cantonner l'immixtion du juge à la recherche des chances sérieuses qu'avait l'agent de demeurer en fonction : lorsque le dossier ne permet pas d'exclure que le licenciement pouvait avoir un lien avec l'exercice du mandat, le lien direct entre le non-respect de la procédure et la perte d'une chance sérieuse de ne pas être licencié devrait être regardé comme établi, et le préjudice indemnisé. En revanche, si le dossier permet d'écarter tout lien entre le licenciement et le mandat, il conviendrait d'écarter toute indemnisation, qui n'aurait que le caractère d'une aubaine. Le juge n'exercerait ainsi qu'un contrôle de l'absence manifeste de tout lien, et ne se substituerait donc pas entièrement à l'inspecteur du travail.

La première solution présente trois mérites majeurs : sa simplicité, son harmonie avec la jurisprudence sociale de la cour de cassation, et sa cohérence avec l'attachement à cette garantie des salariés protégés que vous manifestez vous-mêmes dans le contentieux de la légalité.

Il n'est pas indispensable néanmoins que cette adoption du raisonnement judiciaire sur la question de la causalité se double d'un alignement complet du point de vue de l'évaluation du préjudice. La jurisprudence judiciaire ne paraît pas tenir compte des revenus de remplacement perçus (Cass. Soc. 14 janvier 2003, *Boulangerie de l'Europe c. Mlle B...*, n° 00-45.883, Bulletin 2003 V n° 4 p. 3). S'agissant de litiges entre une personne privée et une personne publique, l'aspect pénal de l'indemnisation ne serait pas perdu et un meilleur équilibre entre les droits pécuniaires de l'intéressé et ceux de la collectivité serait atteint si vous mainteniez la déduction des allocations de chômage ou des rémunérations tirées d'une autre activité permise, durant la période, par le licenciement intervenu irrégulièrement.

Pour l'erreur de droit commise par la cour administrative d'appel en ne reconnaissant pas ce droit à réparation, vous annulerez l'arrêt attaqué ; vous pourrez lui renvoyer l'affaire et mettre à la charge du centre hospitalier de Pontails le versement à M. L... d'une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, en rejetant les conclusions présentées sur le même fondement par cet établissement.