

N° 426381
M. Tarek R...

4^{ème} et 1^{ère} chambres réunies
Séance du 17 juin 2020
Lecture du 3 juillet 2020

CONCLUSIONS

M. Raphaël Chambon, rapporteur public

Cette affaire vous donnera l'occasion de faire application pour la première fois des dispositions issues de l'article 8 de la loi n° 2015-366 du 31 mars 2015 visant à faciliter l'exercice, par les élus locaux, de leur mandat, qui ont étendu le statut de salarié protégé à certains élus locaux n'ayant pas cessé leur activité professionnelle salariée pendant leur mandat, parmi lesquels les adjoints au maire des communes de plus de 10 000 habitants¹.

Ces dispositions visaient à favoriser l'articulation des fonctions professionnelles et des fonctions électives pour les salariés, en leur garantissant une protection particulière en cas de licenciement². La Cour de cassation a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité mettant en cause notamment leur conformité à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle³.

Bien que n'ayant pas fait l'objet de dispositions réglementaires d'application, elles nous semblent bien être entrées en vigueur dès lors que leur application n'est pas manifestement impossible en l'absence de telles dispositions (Section, 8 juin 1973, *Dijon*, n° 83857, au Recueil ; Section, 4 juin 2007, *L... et Consorts G...*, n° 303422 et 304214, au

¹ L'article 8 de la loi n° 2015-366 du 31 mars 2015 a introduit un dernier alinéa aux articles L. 2123-9, L. 3123-7 et L. 4135-7 du code général des collectivités territoriales de façon à prévoir que « lorsqu'ils n'ont pas cessé d'exercer leur activité professionnelle, les élus mentionnés au premier alinéa du présent article [en l'espèce, respectivement, tous les maires et les seuls adjoints au maire des communes de 10 000 habitants au moins, les présidents et vice-présidents ayant reçu délégation des conseils départementaux, les présidents et vice-présidents ayant reçu délégation des conseils régionaux] sont considérés comme des salariés protégés au sens du livre IV de la deuxième partie du code du travail ». L'article L. 2511-33 du CGCT rend ces dispositions également applicables aux maires, adjoints au maire et membres d'un conseil d'arrondissement de la Ville de Paris ou des communes de Marseille et Lyon.

² La proposition en avait été faite dans le rapport de la mission d'information sur le statut de l'élu présenté par les députés Doucet et Gosselin (rapport n° 1161 enregistré le 19 juin 2013, proposition n° 11).

³ En jugeant que le texte en cause « doit être interprété en ce sens que l'élu ne peut se prévaloir de la protection accordée, exigeant que le licenciement intervienne après autorisation de l'inspecteur du travail, lorsqu'il est établi qu'il n'a pas informé l'employeur de sa qualité au plus tard lors de l'entretien préalable au licenciement et qu'ainsi interprété, ce texte n'est pas contraire à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle ». (Cass Soc., 14 septembre 2016, pourvoi n° 16-40.223, Bull. 2016, V, n° 165).

Recueil). C'est d'ailleurs l'interprétation que fait l'administration, comme en témoigne le guide relatif aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés édité par la Direction générale du travail⁴.

Disons tout de suite que l'intérêt, réel, qui s'attache à l'interprétation à donner à ces dispositions est pour l'essentiel rétrospectif puisque ces dispositions ont été supprimées par l'article 86 de la loi n° 2019-1461 du 27 décembre 2019 relative à l'engagement dans la vie locale et à la proximité de l'action publique. Les députés à l'initiative de cette suppression ont alors considéré, d'une part, que ces dispositions pouvaient contribuer à dissuader les employeurs d'embaucher des candidats titulaires de mandats locaux et, d'autre part, que d'autres dispositions protégeaient déjà l' élu exerçant le droit à des autorisations d' absences et à un crédit d' heures qu' il tient des articles L. 2123-1 et L. 2123-2 du code général des collectivités territoriales (CGCT), l' article L. 2123-8 de ce code prohibant tout licenciement, déclasserement professionnel ou sanction disciplinaire en raison des absences en résultant et interdisant à l' employeur, s' agissant des élus municipaux, de prendre en compte lesdites absences pour arrêter ses décisions en ce qui concerne l' embauche, la formation professionnelle, l' avancement, la rémunération et l' octroi d' avantages sociaux. Le législateur a préféré substituer aux dispositions supprimées l' ajout de l' exercice d' un mandat local parmi les motifs de discrimination des salariés prohibés par l' article L. 1132-1 du code du travail.

M. R..., superviseur de vols pour la société Air Europa France, était, depuis le 30 mars 2014 et jusqu' aux récentes élections municipales, adjoint au maire de Montreuil, délégué à la jeunesse, ce qui lui donnait la qualité de salarié protégé en vertu de l' article L. 2123-9 du CGCT dans sa rédaction résultant de la loi du 31 mars 2015. Son employeur a entendu le licenciement pour faute, ce qu' a refusé d' autoriser, par une décision du 16 septembre 2016, l' inspecteur du travail, pour deux motifs (faits non établis ou non fautifs d' une part, existence d' un lien avec le mandat d' autre part). Saisi par l' employeur, le TA de Paris a annulé cette décision, en jugeant que les deux motifs de refus étaient erronés. La CAA de Paris ayant rejeté l' appel de M. R..., celui-ci se pourvoit régulièrement en cassation contre son arrêt.

M. R... reproche en premier lieu à la cour d' avoir jugé que le tribunal administratif n' avait pas entaché son jugement d' irrégularité en ne rouvrant pas l' instruction lors de la réception de son premier mémoire en défense et en déduisant de l' absence de production d' un mémoire avant la clôture de l' instruction en dépit d' une mise en demeure que l' intéressé avait acquiescé aux faits exposés dans la requête de son employeur.

Le TA avait fait application de votre jurisprudence *Commune d'Argenteuil* du 23 décembre 2014 (6/1 SSR, n° 364637, aux Tables), par laquelle vous jugez que sous réserve du cas où postérieurement à la clôture de l' instruction le défendeur soumettrait au juge une production contenant l' exposé d' une circonstance de fait dont il n' était pas en mesure de faire état avant cette date et qui serait susceptible d' exercer une influence sur le jugement de l' affaire, le défendeur à l' instance qui, en dépit d' une mise en demeure, n' a pas produit avant la

⁴ Fiche 4, Le bénéfice de la protection, 1.1, page 34.

clôture de l'instruction est réputé avoir acquiescé aux faits exposés par le requérant dans ses écritures et qu'il appartient alors seulement au juge de vérifier que la situation de fait invoquée par le demandeur n'est pas contredite par les pièces du dossier.

En l'espèce, la requête de la société Air Europa a été régulièrement communiquée par le TA à M. R..., lequel a ensuite fait l'objet d'une mise en demeure de produire. Le dossier a fait l'objet d'une clôture d'instruction au 26 avril 2017. Le mémoire en défense de M. R... n'a été produit que le 19 octobre, soit 5 jours avant l'audience, par son avocat qui s'était constitué le 5 octobre.

L'erreur de droit alléguée tiendrait à ce que M. R... aurait désigné un premier avocat resté inactif et que, partant, le dépôt tardif du mémoire en défense ne pouvait lui être reproché. Le pourvoi s'inspire de votre décision *Hamlat* (6/1 SSR, 28 décembre 2012, n° 348472, aux Tables), par laquelle vous avez jugé que lorsque l'avocat désigné au titre de l'aide juridictionnelle n'a pas produit de mémoire, le juge ne peut, afin d'assurer au requérant le bénéfice effectif du droit qu'il tire de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991, rejeter la requête sans avoir préalablement mis l'avocat désigné en demeure d'accomplir, dans un délai qu'il détermine, les diligences qui lui incombent et porté cette carence à la connaissance du requérant, afin de le mettre en mesure, le cas échéant, de choisir un autre représentant. Mais cette jurisprudence ne saurait être étendue au cas d'un avocat librement choisi par le justiciable : à la supposer avérée en l'espèce – ce que les pièces du dossier de première instance ne démontrent au demeurant nullement, la carence du premier avocat choisi par M. R... est susceptible de mettre en jeu sa responsabilité civile mais n'est pas de nature à empêcher la juridiction de faire application de l'article R. 612-6 du code de justice administrative relatif à l'acquiescement aux faits. La cour n'a donc commis aucune erreur de droit et elle n'a pas davantage dénaturé les pièces du dossier en retenant que M. R... était en mesure de produire les éléments figurant dans son mémoire en défense avant la clôture de l'instruction et qu'il devait par suite être regardé comme ayant acquiescé aux faits pour n'avoir pas répondu avant la clôture de l'instruction à la mise en demeure qui lui avait été régulièrement notifiée, sans incidence sur ce point étant la circonstance que l'intéressé aurait saisi un nouvel avocat en raison de l'absence de diligence du conseil qu'il avait initialement mandaté.

M. R... conteste en deuxième lieu l'appréciation portée la cour pour retenir que les fautes qui lui étaient reprochées étaient de nature à justifier le licenciement sollicité.

La cour a retenu deux manquements : un retard de 40 minutes et un rapport de vol incomplet. Mais elle a relevé que ces manquements étaient la répétition de manquements antérieurs extrêmement nombreux, en particulier pour les retards qu'elle a précisément énumérés dans une motivation extrêmement détaillée. Elle en a déduit qu'eu égard à leur répétition dans le temps et à la circonstance que l'employeur avait averti et rappelé à l'ordre M. R... à plusieurs reprises, la négligence et le retard fautifs de M. R... étaient d'une gravité suffisante pour justifier un licenciement.

Même si aucun moyen d'erreur de droit n'est expressément soulevé, M. R... souligne dans son mémoire en réplique que les antécédents relevés par la cour n'étaient pas mentionnés dans la demande d'autorisation initiale et soutient que ce serait revenir sur les termes de cette demande et ainsi priver M. R... d'une garantie que d'admettre leur prise en compte.

La cour pouvait pourtant prendre en compte les agissements antérieurs de l'intéressé. Le juge peut d'ailleurs prendre en compte des agissements antérieurs au stade de la caractérisation de la faute elle-même, sans méconnaître la règle de prescription érigée par l'article L. 1332-4 du code du travail, s'agissant de faits procédant d'un comportement fautif de même nature que celui dont relèvent les faits non prescrits donnant lieu à l'engagement des poursuites disciplinaires (4/5 SSR, 1^{er} octobre 2012, *P...*, n° 345252, aux Tables), à l'exception bien entendu des agissements déjà sanctionnés par un avertissement, en vertu de la règle *non bis in idem* (8 SSJS, 28 avril 1997, *B... et Z...*, n° 147625). Mais ce n'est en tout état de cause pas ce que la cour a fait : elle s'est bornée à prendre en compte ces agissements antérieurs au stade de la détermination de l'adéquation de la sanction à la faute, ce que vous admettez (4/1 SSR, 27 juin 1990, *Société Castorama*, n° 98011 ; 10/6 SSR, 17 février 1992, *S...*, n° 74566 ; 4 SSJS, 2 novembre 1992, *Société de transports Lefebvre*, n° 112719 ; 8/3 SSR, 30 décembre 2003, *Société France Printemps*, n° 230307). Cela est parfaitement logique au regard de votre jurisprudence prenant en compte l'absence d'antécédents pour considérer qu'un licenciement n'est pas justifié (8/9 SSR, 11 février 1998, *Monoprix*, n° 170969, au Recueil ; 4 SSJS, 20 mai 2005, *Association Pyrene plus*, n° 264553, décision qui écarte expressément toute erreur de droit d'une cour ayant procédé de la sorte). La jurisprudence judiciaire est dans le même sens : la poursuite par un salarié d'un fait fautif autorise ainsi l'employeur à se prévaloir de faits similaires, y compris ceux ayant déjà été sanctionnés, pour apprécier la gravité des faits reprochés à ce salarié (Cass. Soc., 4 novembre 1988, n° 85-45.112, Bull. V n° 565 ; Cass. Soc., 30 septembre 2004, n° 02-44.030, Bull., 2004, V, n° 243, RJS 1/05 n° 37).

Quant à la demande d'autorisation, l'article R. 2421-1 du code du travail⁵ prévoit seulement qu'elle « énonce les motifs du licenciement envisagé ». Il est tout à fait exact que la demande d'autorisation cristallise les motifs ainsi énoncés, qui ne peuvent plus être modifiés au cours de la procédure administrative devant l'inspecteur du travail puis de la procédure juridictionnelle devant le juge. Il est ainsi impossible de substituer en cours de procédure un autre motif (4/5 CHR, 20 mars 2017, *Société Total Petrochemicals France*, n° 392296 et 392301, au Recueil). Vous n'avez en revanche jamais jugé que les éléments permettant de déterminer l'adéquation entre la sanction et les fautes, en particulier les antécédents disciplinaires, doivent être impérativement mentionnés dans la demande d'autorisation. Une telle exigence conduirait à rigidifier la procédure à l'excès et nous ne vous le proposons certainement pas.

⁵ Lequel article doit être regardé comme applicable au cas d'espèce, en lisant l'article L. 2123-9 du CGCT comme y renvoyant.

Sur le terrain de l'inexacte qualification juridique des faits, relevons que, comme l'a jugé la cour, la circonstance que le retard sanctionné serait dû à la difficulté pour M. R... de concilier l'exercice de son mandat électif et de son activité professionnelle ne lui ôte aucunement son caractère fautif dès lors qu'il n'était pas contesté que l'intéressé bénéficiait pleinement des autorisations d'absence et du crédit d'heures auxquels les articles L. 2123-1 et L. 2123-2 du CGCT lui donnaient droit. Quant à la gravité suffisante des fautes commises, vous avez déjà admis des licenciements pour des retards répétés et des absences injustifiées (6/2 SSR, 26 septembre 1990, *Société Hôtel Lancaster*, n° 140710 ; 8 SSJS, 28 avril 1997, *J...*, n° 163288 ; 4/5 SSR, 22 février 2012, *X...*, n° 340861), en particulier lorsqu'ils ont été de nature à perturber le bon fonctionnement de l'entreprise et avaient été précédés de sanctions antérieures pour des faits similaires (8 SSJS, 15 avril 1996, *Société Sobem-Biscoval*, n° 152121). Au regard des très nombreux retards constatés et reproches adressés à M. R... quant à la qualité de ses rapports de vol, et eu égard à la nature des fonctions de l'intéressé, dont on conçoit bien qu'elles exigent ponctualité et rigueur, nous n'avons aucun doute pour écarter le moyen.

Par un dernier moyen, M. R... critique les motifs par lesquels la cour a jugé que la demande d'autorisation était sans lien avec le mandat électif dont il était investi. Il fait valoir que ses relations de travail avec son employeur se sont détériorées précisément au début de son mandat municipal. Il indique en outre que les retards qui lui sont reprochés sont liés à l'exercice de ces fonctions.

L'appréciation portée par les juges du fond sur l'existence d'un lien entre le licenciement du salarié protégé et l'exercice de son mandat est souveraine et par suite insusceptible d'être discutée devant le juge de cassation, sauf dénaturation (8/3 SSR, 17 novembre 2000, *David*, n° 197383, aux Tables).

Il nous faut néanmoins nous interroger sur la nature du contrôle du lien avec un mandat lorsque le salarié protégé est un élu local : y a-t-il lieu de procéder à un contrôle similaire à celui exercé lorsque le salarié protégé est un élu syndical ? Si tel n'est pas le cas, alors le moyen examiné par la cour était inopérant et la contestation en cassation des motifs l'écartant au fond le serait tout autant.

Votre jurisprudence *SAFER d'Auvergne* (Ass., 5 mai 1976, n° 98647, au Recueil) n'ayant pas été conçue pour un tel cas, son considérant de principe selon lequel le licenciement sollicité « ne doit pas être en rapport avec les fonctions représentatives normalement exercées ou l'appartenance syndicale de l'intéressé » ne peut à l'évidence pas être repris tel quel.

Vous pourriez être tentés de le transposer entièrement en exigeant de l'administration qu'elle contrôle l'absence de lien du licenciement avec l'exercice du mandat électif ou avec l'appartenance politique du salarié.

Nous vous proposons toutefois de vous borner à prévoir un contrôle portant sur le lien avec l'exercice du mandat électif, et non avec l'appartenance politique en tant que telle.

Dans le cas du salarié titulaire de l'un des mandats prévus à l'article L. 2411-1 du code du travail, il est logique de contrôler l'absence de lien avec les fonctions représentatives exercées ou l'appartenance syndicale, les deux étant étroitement mêlées. Il s'agit en effet de protéger l'élu ou le délégué syndical de la volonté de l'employeur de se débarrasser d'un gêneur, dont l'activité de défense des salariés serait perçue comme importune. Le contrôle du lien avec les fonctions représentatives exercées ou avec l'appartenance syndicale constitue en réalité un seul et même contrôle, l'autorisation administrative devant établir que « le licenciement n'a eu ni pour objet ni pour effet de faire échec au mandat représentatif », ainsi que l'indique la chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 30 novembre 2014 (n° 02-43.515, Bull., 2004, V, n° 308). L'activité de membre élu d'une institution représentative du personnel ou de délégué syndical a pleinement pour cadre et pour objet la vie de l'entreprise et le contrôle du lien du licenciement avec l'appartenance syndicale apparaît naturel pour l'inspection du travail.

En revanche, autant le contrôle du lien avec les fonctions représentatives normalement exercées par le titulaire d'un mandat électif, municipal par exemple, est compréhensible dès lors que l'exercice de ces fonctions a des conséquences sur la vie de l'entreprise par les absences qu'il autorise, autant il nous semble que l'appartenance politique du salarié, sans aucun lien avec la vie de l'entreprise, est d'une autre nature. Le contrôle du lien avec une telle appartenance serait d'ailleurs sans doute plus malaisé pour l'inspection du travail.

L'intention du législateur nous semble avoir été de protéger les élus locaux d'un licenciement à raison des absences occasionnées par l'exercice de leur mandat, pas de leur assurer une protection particulière en tant qu'ils sont des militants politiques. Notons que vous êtes libres d'adopter une telle interprétation dès lors que les articles R. 2421-7 et R. 2421-16 du code du travail qui ont codifié la jurisprudence *SAFER d'Auvergne* se bornent à exiger de l'administration d'examiner « notamment si la mesure de licenciement envisagée est en rapport avec le mandat détenu, sollicité ou antérieurement exercé par l'intéressé » (avec le mandat et non avec l'appartenance militante en tant que telle).

Enfin, la discrimination par l'employeur à raison des opinions politiques est prohibée de longue date par l'article L. 1132-1 du code du travail, comme à raison des convictions religieuses, de l'origine, du sexe et de nombreux autres motifs⁶. Le contrôle spécifique exercé par l'inspection du travail concernant les salariés protégés doit porter sur ce qui a justifié l'instauration de la protection « exceptionnelle » évoquée par votre décision *SAFER d'Auvergne*, à savoir l'exercice des fonctions représentatives. Même si l'inspecteur du travail saisi d'une demande d'autorisation de licencier un salarié protégé qui relèverait des indices de l'existence d'une discrimination sanctionnée par l'article L. 1132-1 devrait sans doute refuser

⁶ Ancien article L. 122-45 créé par l'article 1^{er} de la loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, dite loi Auroux.

l'autorisation sollicitée⁷, il n'y a aucune raison de distinguer à cet égard la discrimination à raison de l'appartenance politique de celle à raison des autres motifs énoncés par cet article. Par ailleurs, le juge du licenciement comme les juges civil et pénal pourront toujours connaître de la discrimination fondée sur les opinions politiques si le licenciement est fondé sur l'appartenance politique du salarié, et il n'y a en la matière aucune spécificité des salariés protégés.

En l'espèce, la dénaturation alléguée peut sans nul doute être écartée : d'une part, il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que M. R... avait déjà été averti pour des retards répétés en 2013, soit avant le début de son mandat municipal, ce qui bat en brèche la thèse du pourvoi quant à l'apparition de difficultés à compter seulement de son élection, d'autre part et surtout, il apparaît clairement que l'intéressé n'a pas réussi à concilier ses responsabilités professionnelles et ses fonctions électives, non pas que l'employeur a cherché à s'en débarrasser du seul fait de l'exercice de ses fonctions électives.

Quant à la motivation de la cour, qui s'est certes bornée à juger de manière assertive qu'aucun élément du dossier ne permettait de retenir un tel lien, elle ne nous semble pas insuffisante au regard de l'absence d'argumentation consistante de M. R... sur ce point en appel.

PCMNC au rejet du pourvoi ainsi que, dans les circonstances de l'espèce, des conclusions présentées par la société Air Europa France au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

⁷ Voir sur ce point : Hubert Rose et Yves Struillou, Droit du licenciement des salariés protégés, 5^{ème} édition, point 412.7.1.4, page 1100.