

Référé-liberté : lorsque le dogme de l'infaillibilité pontificale conduit le juge des référés du Conseil d'Etat à consacrer une discrimination envers les « salariés protégés » par Pascal MOUSSY.

Par son ordonnance du 20 juillet 2009 (voir annexe 1), le juge des référés du Conseil d'Etat a considéré que c'était à bon droit que le juge des référés du Tribunal Administratif de CERGY-PONTOISE avait le 6 juillet 2009 rejeté comme irrecevable la requête en référé-liberté déposée par Sylvie VERDIER, déléguée du personnel et membre du comité d'établissement du Monoprix d'AULNAY-SOUS-BOIS, qui avait vu le ministre du travail délivrer l'autorisation de procéder à son licenciement en ne lui ayant donné aucune possibilité d'exercer sa liberté de la défense (voir annexe 2).

Le Président de la Section du contentieux, qui assurait ici le service des référés, a jugé que ce n'était pas une erreur de droit que d'avoir conclu à l'irrecevabilité manifeste de la requête en référé-liberté de Sylvie VERDIER. L'essentiel du raisonnement du premier juge est repris par le juge d'appel. *« Considérant que l'autorisation administrative de licenciement d'un salarié protégé doit être regardée comme entièrement exécutée à la date à laquelle le licenciement est notifié à ce salarié par l'employeur ; que, si le juge des référés, saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, peut, alors même que la décision litigieuse aurait été entièrement exécutée, adresser à une autorité administrative qui aurait porté une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale toute injonction nécessaire à la sauvegarde de cette liberté, une demande présentée à ce juge en vue d'obtenir toute injonction nécessaire à la sauvegarde de cette liberté, une demande présentée à ce juge en vue d'obtenir la suspension d'une autorisation délivrée par l'administration devient sans objet lorsque le titulaire de cette autorisation l'a entièrement exécutée ».*

Le constat s'impose. Le Président STIRN, qui soulignait tout récemment que *« rapidité de jugement et créativité jurisprudentielle ne s'opposent pas, bien au contraire »*¹, n'a pas ici cédé à la tentation de la création mais a plutôt succombé aux charmes du « copié-collé ».

La solution retenue dans l'affaire de Sylvie VERDIER est tout simplement la reproduction du considérant de principe posé par l'arrêt LEFEBVRE du 2 juillet 2003²

¹ AJDA, 29 juin 2009, 1220.

² Rec. 916. « Considérant en premier lieu que les dispositions de l'article L. 521-1 du code justice administrative résultant de la loi du 30 juin 2000 ne permettent au justiciable de demander la suspension d'une décision administrative qu'à la condition qu'une telle décision soit encore susceptible d'exécution. Considérant en

pour justifier l'irrecevabilité d'une demande de suspension d'autorisation de licenciement présentée dans le cadre d'un référé-suspension.

Il a été relevé par des auteurs autorisés que cette exclusion des « salariés protégés » du référé-suspension, une fois que le licenciement a été notifié par l'employeur, était le prolongement de la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de sursis à exécution. Dès lors que l'employeur avait notifié son licenciement au salarié protégé, le sursis à exécution ne pouvait plus être ordonné³. Ce maintien de la solution rendue sous l'ancien régime du sursis à exécution est fortement regrettable dans la mesure où elle témoigne d'une réflexion insuffisante sur la finalité de l'intervention du juge des référés invité à suspendre les effets d'une décision d'autorisation de licenciement d'un salarié protégé délivrée en toute illégalité.

Mais la redite est totalement inadmissible lorsqu'elle conduit, par la reproduction mécanique des règles du sursis à exécution à l'occasion de l'examen de la recevabilité d'une requête en référé-liberté, à consacrer l'interdiction faite au « salarié protégé » d'accéder au droit de demander la suspension de l'exécution de la décision administrative attentatoire à une liberté fondamentale.⁴

I. Un postulat déjà contestable : la notification du licenciement prive de tout objet une demande de référé-suspension.

Par son arrêt du 18 décembre 1977, LEHODEY et DECATHEAUGRUE⁵, le Conseil d'Etat a considéré que des conclusions tendant à ce qu'il soit sursis à l'exécution d'une décision ministérielle d'autorisation de licenciement étaient sans objet et, par suite irrecevables, dès lors que du fait de la notification du licenciement par l'employeur les décisions administratives attaquées étaient entièrement exécutées au moment de la saisine du juge administratif.

Le Conseil d'Etat a suivi son Commissaire du Gouvernement, Marie-Aimée LATOURNERIE, qui faisait valoir que « *lorsque l'acte a produit tous ses effets de droit, le sursis à exécution n'a donc plus aucune raison d'être et une décision*

deuxième lieu que l'autorisation administrative de licenciement d'un salarié protégé doit être regardée comme entièrement exécutée à la date à laquelle le licenciement est notifié à ce salarié par l'employeur... ».

³ Voir H. ROSE, Y. STRUILLLOU, Droit du licenciement des salariés protégés, 3^e éd., 839.

⁴ Et ce n'est pas l'assertion « il semble difficile que les conclusions présentées par un salarié sur le fondement de l'article L.521-2 puissent être accueillies dès lors que le licenciement aura été notifié par l'employeur » (H. ROSE, Y. STRUILLLOU, op. cit., 841) qui va permettre de nourrir l'offensive contre cette injustice.°

⁵ Dr. Soc. 1978, 117.

juridictionnelle le prononçant serait vidée de toute substance réelle puisque n'ayant plus valeur d'ordre aux autorités administratives et aux personnes privées, elle serait réduite à l'état de consultation juridique sur la légalité de la décision administrative dont s'agit » et qui soulignait que « *le fondement du pouvoir du juge de faire échec au caractère exécutoire des décisions administratives doit rester l'objectif d'éviter la poursuite de l'exécution d'une décision administrative dont la légalité est douteuse si, concrètement, à la date à laquelle le juge administratif statue sur les conclusions à fin de sursis, cette décision peut encore produire des effets de droit* »⁶.

La solution retenue par l'arrêt LEHODEY et DECATHEAUGRUE en matière de sursis à exécution d'une autorisation de licenciement d'un salarié protégé repose donc sur le constat que le seul objet de la décision administrative est d'autoriser l'employeur à résilier unilatéralement le contrat de travail du salarié protégé et que dès l'instant où l'employeur a fait usage de cette autorisation en prononçant le licenciement, cet acte administratif a produit tous ses effets et il n'est plus susceptible d'en produire de nouveaux.

Dans ses conclusions⁷ sous l'arrêt LEFEBVRE du 2 juillet 2003, le Commissaire du Gouvernement Gilles BACHELIER, qui lui aussi a été suivi, a proposé de reproduire le même raisonnement au référé-suspension prévu par l'article L. 521-1 du Code de justice administrative⁸ en affirmant très fortement qu'une mesure de suspension de l'autorisation de licenciement déjà notifié serait dépourvue de toute utilité. « *La décision du juge des référés ordonnant la suspension d'une décision administrative n'a aucun effet rétroactif et se borne à paralyser pour l'avenir l'exécution de cette décision et à faire obstacle à l'intervention de mesures prises sur son fondement. Si l'acte administratif a produit tous ses effets de droit, la suspension est dépourvue de sens et le juge des référés rendrait une décision qui, en droit, ne modifierait en rien les obligations de l'administration, les droits ou les obligations de l'employeur et les droits du salarié au regard de son contrat de travail* ».

Cette analyse, qui témoigne d'une conception édulcorée du sens de l'intervention du juge des référés, pêche peut-être par son insuffisance.

⁶ Voir M.A. LATOURNERIE, « Dans quelles conditions le juge administratif peut-il ordonner le sursis à exécution d'une autorisation de licenciement d'un salarié protégé ? », Dr. Soc. 1978, 112 et s.

⁷ apparemment inédites.

⁸ Art. L. 521-1 CJA : « Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision ».

Comme l'a relevé à l'époque Marie-Aimée LATOURNERIE, « même si l'intéressé a déjà été contraint de quitter le territoire français, le juge administratif peut prononcer le sursis à exécution d'un arrêté d'expulsion, parce qu'aussi longtemps que cet arrêté demeure en vigueur, il aura comme effet de droit de justifier légalement le refoulement de l'intéressé aux frontières françaises (Assemblée 18 juin 1976, Moussa Konaté, p. 321) ». ⁹

De la même manière, aussi longtemps que la décision administrative de licenciement est considérée comme ayant été prise en toute légalité, l'employeur peut interdire l'accès à l'entreprise au salarié protégé dont le mandat n'a pas pris fin du fait de l'avènement de nouvelles échéances électorales ou d'un retrait par l'organisation syndicale. La notification du licenciement par l'employeur signifie surtout que le contrat de travail a été rompu unilatéralement mais ne garantit pas que toutes les règles devant présider au licenciement du salarié mandaté ont été parfaitement respectées.

Le licenciement entraîne une situation de fait : l'éjection du salarié protégé de l'entreprise et l'interdiction qui lui est signifiée d'y remettre les pieds. Mais le fait ne se confond pas nécessairement avec le droit, s'il y a un doute sérieux sur la légalité de la décision d'autorisation.

Prenons un exemple se voulant pédagogique.

Le Conseil d'Etat a jugé qu'il résultait des dispositions d'ordre public de l'ancien article L. 433-1 (L. 2324-1 et L. 2324-2 recod.) du Code du Travail relatives à la composition du comité d'entreprise que les membres suppléants et les représentants syndicaux au comité d'entreprise doivent être obligatoirement convoqués à chaque séance, sauf à entacher d'illégalité la décision par laquelle l'administration autorise le licenciement d'un salarié protégé¹⁰. Si le dossier établit que cette convocation n'a pas eu lieu et que les intéressés n'ont pas assisté à la séance au cours de laquelle le comité d'entreprise a été consulté sur le projet de licenciement du salarié protégé, il y a sans conteste un doute sérieux sur la légalité de la décision d'autorisation de licenciement. Il n'y aurait rien d'anormal à ce que le juge des référés n'accepte pas, au regard des exigences voulues par la procédure spéciale de licenciement des salariés protégés, que la rapidité mise par l'employeur à exécuter la décision administrative en envoyant au salarié protégé sa lettre de licenciement dès la réception de l'autorisation l'empêche de suspendre l'exécution de la décision administrative totalement illégale.

⁹ M.A. LATOURNERIE, conclusions précitées, Dr. Soc. 1978, 113.

¹⁰ CE 3 octobre 2008, UPC France, Dr. Ouv. 2009, 95.

Il serait d'une bonne logique que l'employeur ne puisse plus continuer à interdire au salarié mandaté l'accès à l'entreprise jusqu'à ce que le juge administratif se soit prononcé sur la requête en annulation dans les meilleurs délais.

Nous sommes bien ici en présence de ce que l'on pourrait appeler un « trouble manifestement illicite », constitué par un licenciement intervenu au mépris des dispositions d'ordre public régissant la procédure spéciale de licenciement des salariés protégés. Or, du fait de l'existence de la décision administrative d'autorisation dont l'annulation n'a pas encore été prononcée, le juge des référés prud'homal ne peut pas user de son pouvoir de remise en état propre à faire cesser ce trouble.

Subordonner le pouvoir de suspension du juge des référés administratif à l'absence de notification du licenciement par l'employeur revient à admettre que jusqu'à l'intervention de l'annulation (dans notre exemple, quasi-certaine) de la décision contestée, l'employeur peut en toute impunité consommer le trouble manifestement illicite.

Affirmer que « *la suspension est dépourvue de sens* » parce que l'employeur a dégainé et tiré le premier¹¹ ne convainc pas que l'utilité de la mesure provisoire demandée au juge des référés doive nécessairement être anéantie par la diligence de l'employeur. Le juge des référés prud'homal, lorsqu'il est saisi par un salarié « ordinaire », ne limite pas son intervention à la prévention d'un dommage imminent. Il peut neutraliser l'acte illicite en ordonnant, à titre provisoire, la poursuite du contrat de travail qui ne pouvait être valablement rompu. Mais lorsqu'il s'agit d'un salarié protégé, le Conseil d'Etat admet que l'envoi la lettre de licenciement mette l'illégalité à l'abri du regard (et de l'intervention) du juge des référés administratif...

C'est pour le moins regrettable, du point de vue de l'intérêt des salariés qu'il représente, que le salarié protégé qui se prévaut des dispositions de l'article L. 521-1 du code justice administrative n'ait droit qu'à un juge des référés de seconde classe.

¹¹ Ce n'est pas très long d'écrire la lettre d'un projet de licenciement qui a eu le temps de mûrir. Cela prend un peu plus de temps de rédiger une requête en référé-suspension. A moins de procéder à une pré-rédaction à titre préventif...

On pourrait concevoir, pour répondre à la préoccupation de conserver tout son sens au référé-suspension, que l'action en référé-suspension soit recevable dans un délai de quinze jours à compter de la notification du licenciement.

II. Une discrimination indéfendable : l'interdiction d'accès du « salarié protégé » à l'examen de la demande de suspension présentée dans le cadre d'un référé-liberté.

Le référé-liberté est décrit par l'article L. 521-2 du Code de justice administrative : « Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures ».

Il a été relevé par le Commissaire du Gouvernement Jacques-Henri STAHL, dans ses conclusions sous l'arrêt du Conseil d'Etat du 9 décembre 2003, Mme AGUILLON¹², qu'en matière de référé-liberté, le Conseil d'Etat **ne raisonne pas nécessairement par rapport aux effets d'une décision administrative**. « Il appartient au juge des référés saisi dans ce cadre, non pas seulement de suspendre l'exécution d'une décision administrative, mais plus fondamentalement d'ordonner toutes mesures utiles nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une autorité publique aurait porté une atteinte grave et manifestement illégale ».

Le juge des référés, saisi sur le fondement de l'article L. 521-2, peut avoir l'occasion d'user de son pouvoir de suspension de l'acte qui lui est déféré, quand il estime que les conditions posées par ces dispositions sont réunies et que la suspension est nécessaire à la sauvegarde d'une liberté fondamentale¹³. Le pouvoir de suspendre l'exécution d'une décision ne constitue pas un monopole du juge du référé-suspension.¹⁴

Mais, généralement, lorsqu'il exerce ce pouvoir de suspension, le juge du référé-liberté ne se laisse pas arrêter par la seule circonstance que la décision contestée ait déjà été exécutée. Il ne saurait être question que la diligence de celui qui se prévaut de l'acte litigieux ait pour vertu de priver d'effet une procédure destinée à protéger les libertés fondamentales en permettant au juges des référés d'ordonner **toutes mesures nécessaires** à cette fin.

La lecture de plusieurs décisions du Conseil d'Etat met en évidence que le juge des référés, saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative,

¹² J.H. STAHL, « Droit de grève et réquisition de personnels de santé », Dr. Soc. 2004, 173.

¹³ Voir CE 4 février 2005, Min. de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales, req. 270407.

¹⁴ Voir O. LE BOT, La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté, LGDJ, 2007, 503.

n'a pas hésité à ordonner, en toute légitimité, une mesure de suspension d'un acte déjà exécuté au moment du dépôt de la requête.

Il eu l'occasion d'ordonner, pour préserver « la liberté fondamentale d'entreprendre », la suspension de la fermeture d'un établissement à l'enseigne « Franprix »¹⁵ et d'une interdiction faite à des navires d'entrer dans un port¹⁶.

Le souci de sauvegarder la « propriété privée » l'a amené à suspendre l'exécution d'un arrêté municipal enjoignant de laisser le libre accès à un chemin et qui avait déjà été exécuté avec l'enlèvement de la « chaîne à enrouleur » qui avait été placée à l'entrée de ce chemin (voir annexe 3 : CE 11 septembre 2003, Commune d'Hyères-Les-Palmiers, req. 260015).

Bien plus récemment, une ordonnance du Conseil d'Etat du 30 janvier 2009¹⁷, concernant la mise en œuvre administrative d'une obligation de quitter le territoire français, signalée à l'AJDA du 9 février 2009¹⁸, soulignait que « *la seule circonstance de cette mise en œuvre administrative ne saurait priver d'effet la présente procédure de référé **dès lors qu'elle est présentée sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative qui est destiné à protéger les libertés fondamentales en permettant au juge des référés d'ordonner toute mesure nécessaire à cette fin*** ».

S'appuyant sur le même principe, une ordonnance du Conseil d'Etat du 10 avril 2009 (req. 326863 : voir annexe 4), a affirmé que la procédure engagée devant le juge des référés sur le fondement de l'article L. 521-2 par un ressortissant algérien frappé d'une mesure d'expulsion n'avait pas été privée d'objet par la seule circonstance que le préfet avait déjà exécuté la mesure d'expulsion en éloignant le requérant à destination de l'Algérie. Le Conseil d'Etat a en conséquence approuvé le juge des référés du Tribunal Administratif de VERSAILLES d'avoir suspendu l'exécution de la décision préfectorale procédant à l'expulsion et d'avoir enjoint aux autorités consulaires françaises en Algérie de prendre toutes mesures de nature à permettre le retour en France de l'intéressé.

Il peut dès lors difficilement être envisagé que le « salarié protégé », de par le statut de liberté publique attaché au libre exercice de la représentation du personnel dans

¹⁵ CE 14 mars 2003, Commune d'Evry, req. 254827.

¹⁶ CE 2 juillet 2003, Commune de Collioure, req. 257971.

¹⁷ req. 324344.

¹⁸ p. 184.

l'entreprise, se révèle le seul à être exclu du refus encore tout récemment réaffirmé par le Conseil d'Etat de voir le pouvoir de suspension du juge du référé-liberté neutralisé par la rapidité de l'exécution de la décision contestée.

A tort... L'ordonnance du 20 juillet 2009 a admis, ou plus exactement consacré, la discrimination constituée par le refus d'accès par le «salarié protégé» licencié à l'examen de sa demande de suspension de la décision administrative suspectée d'avoir gravement porté atteinte à une liberté fondamentale.

Sylvie VERDIER avait signalé au juge des référés du Conseil d'Etat une ordonnance du 12 novembre 2004¹⁹, passée quasiment inaperçue, qui avait rejeté comme irrecevable une demande de suspension présentée sur le fondement de l'article L. 521-2 par une salariée protégée licenciée, au motif que la décision d'autorisation devait être regardée comme ayant entièrement exécutée du fait de la notification du licenciement. Sylvie VERDIER avait alors attiré l'attention du juge des référés du Conseil d'Etat, et sur le caractère isolé de cette décision, qui avait mécaniquement repris la formule de la jurisprudence rendue sur le fondement de l'article L. 521-1 concernant le référé-suspension, et sur son incohérence au regard de toutes les décisions ci-dessus rappelées, attachées à préserver la finalité du référé-liberté en n'admettant pas que cette procédure soit privée d'effet par la seule diligence à exécuter l'acte administratif fortement critiquable.

Mais le Conseil d'Etat ne se trompe jamais. Sa jurisprudence doit être saluée comme étant toujours d'une cohérence parfaite.

L'ordonnance du 20 juillet 2009 a réaffirmé la transposition déjà faite en 2004 de la solution adoptée pour le référé-suspension. Une demande présentée au juge des référés en vue d'obtenir la suspension d'une autorisation de licenciement délivrée par l'administration devient sans objet lorsque, par la notification du licenciement, le titulaire de cette autorisation l'a entièrement exécutée.

Le juge des référés du Conseil d'Etat avait ici l'occasion de rendre une belle décision préservant la liberté de la défense. Il a préféré s'accrocher à une redite sans aucune pertinence de sa jurisprudence sur le sursis à exécution de la décision d'autorisation de licenciement du salarié protégé.

La sauvegarde du dogme de l'infaillibilité valait bien une discrimination.

¹⁹ CE 12 novembre 2004, Mme Uluoz, req. 274010.