

Où, Mesdames et Messieurs, mieux parler du juge administratif que dans un tribunal administratif ?

Et où, mieux parler du droit du travail que dans les locaux de l'ancienne Bourse du travail et dans la ville de Lille, dont chacun sait que sa maire fut à deux reprises, ministre chargée du travail ?

Dans cette ville, et dans cette juridiction, le sujet s'imposait.

Et pourtant la conjonction des deux termes est paradoxale, puisque le juge administratif n'est pas le juge du contrat de travail.

Les « grands arrêts du droit du travail », l'ouvrage de référence des professeurs Lyon-Caen et Pélissier¹, recense ainsi plus de deux cents arrêts de la Cour de cassation, et à peine une petite dizaine d'arrêts du Conseil d'Etat.

D'ailleurs je crois qu'aucun éditeur n'a jamais publié de manuel de « droit administratif du travail » et il est vraisemblable qu'il n'existe aucun enseignement universitaire ayant cet intitulé.

Bref, le titre de mon intervention est une sorte d'oxymore.

Mais puisque j'utilise cette ficelle rhétorique, un peu facile, consistant à débiter un discours en disant que son sujet est un contresens, je vais user le procédé jusqu'au bout et vous annoncer que mon objectif est de vous prouver le contraire.

En d'autres termes, le juge administratif n'est, certes, pas le juge du contrat de travail, puisque celui-ci s'inscrit dans un cadre de droit privé. Mais il est bien un juge qui applique le droit du travail et qui, donc, contribue à le façonner. Même si c'est avec discrétion, je dirais presque : avec modestie.

Ce sera mon premier temps.

¹ Dalloz, 4^{ème} éd. 2008

Et, du coup, se pose évidemment la question du côtoiement avec le juge judiciaire, ce sera ma seconde partie.

Il y a un domaine où le juge administratif est au premier rang : lorsque sont directement attaqués en excès de pouvoir les parties réglementaires du code du travail.

Mais on ne peut pas dire que cette activité, qui ne concerne que le Conseil d'Etat, et donc quelques trois à quatre pourcents des décisions prises par la juridiction administrative, donne lieu à beaucoup d'arrêts de principe.

Peut-être parce que les textes réglementaires les plus importants font toujours l'objet d'un examen préalable très attentif par la Section sociale du Conseil d'Etat, autrement dit par sa « Section administrative » spécialisée.

Et même s'il faut toujours rappeler que l'indépendance de jugement de la Section du contentieux du Conseil d'Etat par rapport aux Sections administratives est totale (vingt cinq années de vie dans cette Maison me permettent d'en témoigner), on peut dire que le contrôle de la légalité des textes est suffisamment bien fait en amont, pour qu'il soit rare d'avoir à y revenir en aval.

Le juge administratif peut aussi se retrouver au premier rang si l'on invoque devant lui l'incompatibilité entre un article législatif du code du travail et des normes supra-nationales.

Nous avons par exemple donné, récemment², pour un texte relatif au travail des adolescents, l'interprétation protectrice qui nous paraissait la seule conforme à une directive communautaire de 1994³.

² 18 décembre 2015 Association nationale de défense des victimes de l'amiante, n°373968

³ Directive 93/33/CE du Conseil du 22 juin 1994 relative à la protection des jeunes au travail

Mais dans cet exercice nous ne sommes plus les seuls, car le juge judiciaire est lui aussi appelé à statuer sur la compatibilité des lois du travail avec les normes internationales. Et il peut se produire que les approches ne concordent pas : cela avait été le cas il y a un peu plus de dix ans pour le « contrat nouvelle embauche » et la convention n°158 de l'OIT⁴.

Donc ce n'est pas sur les recours direct contre les normes que je veux établir ma démonstration, mais sur la grande masse, diverse et quotidienne, des actes juridiques individuels relevant du droit du travail.

Masse dans laquelle la présence multiforme du juge administratif n'est que la conséquence de la présence, tout aussi multiforme, de l'administration de l'Etat.

En effet, la compétence du juge administratif repose essentiellement, pour dire les choses un peu vite, mais sans les trahir, sur un critère organique : il est, comme le dit le Conseil constitutionnel⁵, le juge des décisions prises, dans l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif.

Or, c'est une banalité de dire que, dans notre pays, le cadre des relations du travail s'est historiquement façonné dans une interaction constante avec la puissance publique.

Ce qui est loin d'être le cas partout. Lors d'un échange récent avec des juges du tribunal administratif fédéral suisse, j'ai eu les plus grandes peines à leur expliquer que j'étais un juge administratif qui se consacrait au droit du travail.

Nous n'avons pas la même histoire.

⁴ Article L.1223-4 du code du travail issu de l'ordonnance n°2005-893 du 2 août 2005 : décision du Conseil d'Etat (Section) n°283471 du 19 octobre 2005 et arrêt n°07-44.124 du 1^{er} juillet 2008 de la Chambre sociale de la Cour de cassation

⁵ Décision n°86-224DC du 23 janvier 1987

En France, le législateur a, très tôt, confié aux agents de l'Etat le soin de garantir le respect de certains principes (je pense évidemment aux lois de 1874 et 1892 sur l'inspection du travail⁶, à la loi de 1906 sur le repos hebdomadaire, à la loi de 1919 sur la journée de huit heures), ou même le pouvoir de rendre obligatoires des accord contractuels (je pense aux lois de 1936 et 1950 sur l'extension des conventions collectives de travail⁷).

Ce que faisant, il a, du même coup, mécaniquement ouvert un champ d'intervention au juge administratif, puisque celui-ci est, par principe, chargé de vérifier que l'administration n'abuse pas de ses pouvoirs.

Au point que, lorsque les événements ont, à certaines époques, conduit l'Etat a prendre inhabituellement en mains la marche de l'économie, nos célèbres recueils « Lebon » de la jurisprudence administrative se sont également inhabituellement remplis de questions de droit du travail.

Mais ce sont des pages que souvent on oublie, parce que ce ne sont pas celles qui, pour de multiples raisons, nous ont laissé le meilleur souvenir. Aussi riches qu'elles aient pu être sur le plan jurisprudentiel, le juge administratif n'a aucune nostalgie de la période de Vichy, ou même de cet après-guerre où s'appliquait une ordonnance de 1945 « relative au placement des travailleurs et au contrôle de l'emploi »⁸ - tout un programme !

En revanche, il faut garder cette idée que l'étendue de notre compétence épouse forcément le flux et le reflux de l'intervention administrative.

⁶ Loi du 19 mai 1874 qui institue un corps spécial de fonctionnaires, alors divisés entre inspecteurs divisionnaires nommés par le gouvernement et inspecteurs départementaux nommés par les préfets. Et loi du 2 novembre 1892 qui donne au corps sa structure actuelle (modifiée récemment par un décret du 20 mars 2014)

⁷ Loi du 24 juin 1936 et loi n°50-205 du 11 février 1950.

⁸ Ordonnance n° du 24 mai 1945 relative au placement des travailleurs et au contrôle de l'emploi

Ou plus exactement : qu'elle résulte de la combinaison de deux paramètres qui sont, premièrement, je l'ai dit, le degré de présence de l'Etat dans la vie économique et, deuxièmement, le degré d'intensité avec lequel nous contrôlons l'action de l'Etat.

Ces deux « tamis » de contrôle s'additionnent, sans avoir toujours évolué dans le même sens.

Pour rester encore un instant dans l'histoire, si l'on peut dire qu'au cours de la seconde moitié du XXème siècle, l'intervention de l'administration dans la formation et la rupture du contrat de travail est allée en diminuant (avec notamment la suppression progressive de tout contrôle du licenciement, entre 1945 et 1986), la densité de l'examen effectué par le juge administratif, dans ce périmètre qui se rétrécissait, s'est, au contraire, accrue.

Au cours de cette période nous avons, si vous voulez, gagné en intensité ce que nous perdions en étendue.

C'est là un champ de questions, tout à fait passionnantes, d'histoire du droit et de la vie économique, qui mériteraient de plus amples développements..

Mais je veux garder du temps pour parler de la place du juge administratif aujourd'hui.

Sachant, je vous le dis tout de suite que, même en conclusion, je n'aborderai pas la question de ce que sera sa place demain. Un juge ne doit jamais dire en public comment il voit demain. Sinon, on lui reprochera, demain, d'avoir dévoilé dès hier ce qu'il comptait juger aujourd'hui.

Interdiction qui, soit dit en passant, nous protège de toutes les prophéties ratées.

Je crois, pour m'en tenir donc à aujourd'hui, que la période se caractérise par la réintroduction de nombreux leviers d'intervention administrative.

Il demeure un constant et classique « noyau dur », dont font partie, par exemple, la protection spéciale des représentants du personnel – dont le licenciement ou la mise à la retraite sont soumis à autorisation de l'inspecteur du travail⁹ - ou encore, j'en parlais tout à l'heure, les arrêtés d'extension des accords collectifs de travail, ou les refus d'extension, pris par le ministre.

Mais le mouvement est ailleurs et comme je ne vois pas le plan d'ensemble auquel il pourrait obéir, je ne peux décrire cette « peau de léopard » qu'en citant quelques exemples.

Depuis les importantes lois de 2008 et de 2014 sur la représentativité syndicale et patronale¹⁰, l'administration est tenue d'établir, tous les quatre ans, dans chaque branche professionnelle, ainsi qu'au niveau interprofessionnel et national¹¹, la liste des organisations syndicales et d'employeurs reconnues représentatives, avec leurs poids respectifs.

Ce sont des décisions aux effets considérables, qui sont prises évidemment sous le contrôle du juge administratif.

En l'espèce, c'est une compétence de premier et dernier ressort de la cour administrative d'appel de Paris¹².

Ou encore, depuis une loi de 2013¹³, ce que l'on appelait autrefois les plans sociaux et qui s'appellent désormais les plans de sauvegarde de l'emploi, sont

⁹ Article L.2411-1 du code du travail.

¹⁰ Loi n°2008-789 du 20 août 2008 sur la rénovation de la démocratie sociale et loi n°2015-994 du 17 août 2015 sur le dialogue social et l'emploi.

¹¹ Articles L.2122-11 du code du travail pour les syndicats professionnels et L.2152-6 du même code pour les organisations patronales.

¹² Article R.311-2 du code de justice administrative.

¹³ Loi n°2013-504 du 14 juin 2013 de sécurisation de l'emploi

soumis au contrôle administratif de la régularité de leur élaboration et du caractère suffisant de leur contenu¹⁴.

Contrôle qui décide, ou non, de leur entrée en vigueur, et qui s'exerce, là encore, sous un « contrôle du contrôle », par le juge administratif.

Dans des conditions d'ailleurs tout à fait remarquables puisque, le tribunal administratif, puis la cour administrative d'appel éventuellement saisie, ne disposent chacun que de trois mois pour statuer.

Le tribunal administratif de Lille a, cette année, attiré les regards de la presse spécialisée sur une affaire de ce type¹⁵.

Ce dispositif d'autorisation s'est révélé suffisamment inspirant pour être récemment étendu, à l'identique, aux accords de rupture conventionnelle collective créés par l'une des ordonnances de septembre 2017¹⁶.

Autre nouveauté très importante, le développement impressionnant, après des débuts discrets en 2011¹⁷, des pouvoirs donnés à l'inspection du travail d'infliger des amendes administratives. Depuis 2016, la liste des infractions qui en relèvent est considérable¹⁸ : manquements aux règles du détachement international, aux règles relatives à la santé et à la sécurité, aux durées de travail, aux repos, aux minimas salariaux, etc.

Sous le contrôle, une fois encore, du juge administratif.

Dont le rôle se déploie, du coup, simplement parce qu'il est le garant, aussi bien vis-à-vis de l'employeur que vis-à-vis des salariés, de l'usage que fait l'administration de ses nouvelles responsabilités.

¹⁴ Articles L.1233-57-2 et L.1233-57-3 du code du travail

¹⁵ TA Lille, 16 juillet 2018, Fédération des employés et cadres du commerce FO, n°1804863 (affaire « Pimkie »). Semaine sociale Lamy n°1827, septembre 2018.

Appel rejeté par un arrêt de la CAA de Douai, 6 décembre 2018, n°18DA01892

¹⁶ Articles L.1237-19 et suivants du code du travail, issus de l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017

¹⁷ Loi n°2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité.

¹⁸ Ordonnance n°2016-413 du 7 avril 2016 sur le contrôle de l'application du droit du travail, article L.8115-1 du code du travail.

J'ajoute que l'influence du juge administratif s'étend aussi à travers certaines procédures anciennes, revivifiées par les circonstances.

Le contrôle des arrêtés d'extension de convention collective connaît ainsi des développements nouveaux dans le cadre des outils dont dispose l'administration, particulièrement depuis la loi « El Khomri » de 2016, pour restructurer le paysage des branches professionnelles¹⁹.

De même, beaucoup de gens ignorent que l'inspection du travail peut, depuis plus de soixante-dix ans, exiger à tout moment la modification d'un règlement intérieur d'entreprise qui comporte des illégalités²⁰.

Le juge administratif a été ainsi, de tout temps, amené à juger des règles de fonctionnement d'entreprises privées. Récemment encore, nous avons fixé les conditions d'utilisation, par un employeur, de tests salivaires pour le dépistage de la consommation de drogue²¹.

Or ce vieux pouvoir administratif se voit indirectement mis en exergue par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qui, ayant à statuer sur la question difficile du port des signes religieux dans l'entreprise, a – dans deux arrêts de 2017²² – fait jouer un rôle décisif à l'existence, ou non, de « règles internes » préalablement fixées par l'employeur.

Et dans un arrêt rendu quelques mois après²³, la Chambre sociale de la Cour de cassation a jugé que ces fameuses « règles internes » devaient être inscrites au règlement intérieur.

En raison, expliquait M.Huglo, doyen de la Chambre sociale²⁴, de ce que le règlement intérieur « *est communiqué à l'inspecteur du travail, qui contrôle les*

¹⁹ Articles L.2261-32 et suivants du code du travail, loi n°2016-1088 du 8 août 2016 sur le travail, la modernisation du dialogue social et la sécurisation des parcours professionnels.

²⁰ Depuis 1945 très précisément, cette disposition figurant aujourd'hui à l'article L.1322-1 du code du travail.

²¹ 5 décembre 2016, Sté SOGEA-Sud, n°394178.

²² Arrêts du 14 mars 2017, C-188/15 Boungnaoui et C-157/15 Achbita

²³ N°13-19.855, 22 novembre 2017

²⁴ Semaine sociale Lamy n°1792, p.12

clauses restreignant les libertés fondamentales, sous le contrôle du juge administratif ».

Et ce commentaire de mon ami Jean-Guy Huglo illustre parfaitement – à rebours de ce qu'on peut trouver parfois sous certaines plumes mal informées – que la présence du juge administratif dans le champ du droit du travail n'est pas regardée par la Cour de cassation, première régulatrice du droit du travail, comme l'intrusion d'un occupant sans titre dans un espace qui ne serait pas le sien.

Les deux ordres de juridictions s'étayaient mutuellement.

Ce point est fondamental et je voudrais m'y arrêter pour conclure.

En droit du travail, la ligne de partage entre, d'un côté, le juge judiciaire (conseil de prud'hommes, ou tribunal de grande instance saisi du respect d'une obligation de sécurité, ou juge-commissaire d'une procédure collective etc.) et, de l'autre côté, le juge administratif, saisi dans l'un des nombreux cas dont je viens de parler,

cette ligne de partage, donc, ne sépare pas deux domaines intellectuellement étanches, comme peuvent l'être, pour renvoyer aux grands classiques de la séparation des deux Ordres, le salariat privé et la fonction publique, ou les propriétés privées et le domaine public, ou les travaux privés et les travaux publics.

En droit du travail, les juges des deux Ordres contemplent, au fond, le même objet.

Mais avec, pour le juge administratif, qui s'attache par hypothèse à l'exercice de prérogatives de puissance publique, ce prisme du contrôle de la légalité, et du respect de l'intérêt général.

A la différence du juge judiciaire, le juge administratif n'est pas là pour trancher le litige entre un employeur et son salarié. Même si c'est quelques fois ainsi que

l'on commente nos décisions, nous ne raisonnons pas sur les torts subjectifs de l'un ou de l'autre. Nous concentrons le regard sur la légalité objective d'actes de régulation pris par l'administration.

Juste un exemple pour me faire comprendre : nous jugeons constamment que le seul fait qu'un salarié protégé aurait consenti à son licenciement ne suffit pas à rendre légale l'autorisation de licenciement donnée par l'inspecteur du travail²⁵. Car la légalité de la décision n'est pas « à la main » de ceux que la décision concerne. Elle relève, je me répète, d'une appréciation objective, qui peut d'ailleurs mettre en jeu des considérations d'intérêt général.

Bref, dans ce domaine, les régulations civiles – par les juges judiciaires directement saisis – et les régulations administratives – par l'administration, sous le contrôle du juge administratif, se superposent, comme deux trames complémentaires.

Pour prendre une image un peu triviale (mais une fin de propos est comme une fin de repas, on peu s'y autoriser une légère licence), nous ne coexistons pas comme deux espèces animales qui auraient chacune un territoire distinct, mais plutôt comme deux espèces cohabitant pacifiquement dans le même paysage.

Et pour y arriver, il a fallu inventer des choses qu'on ne lit pas dans les manuels de droit.

Puisqu'il ne s'agit pas de tenir une frontière, mais de gérer un espace commun, l'articulation entre le Conseil d'Etat et Cour de cassation ne peut reposer seulement sur le célèbre « Tribunal des conflits », dont tous les étudiants en droit apprennent l'existence, mais qui n'est qu'un outil de gestion de frontière.

Je m'explique : ayant à appliquer les mêmes textes, nous sommes amenés à partager un grand nombre de concepts, tels que : groupe d'entreprise, catégorie professionnelle, cause réelle et sérieuse, ordre public social, etc.

²⁵ 1^{er} février 1995, Sté MIDICA, n°143661

Qui sont des expressions apparemment banales, mais sur lesquelles se sont en réalité sédimentées des années de jurisprudence, de part et d'autre.

Pour s'assurer de la cohérence de nos approches, il faut des contacts agiles, et un vrai partage intellectuel.

Et donc, en dehors de tout texte, et dans le respect absolu de nos indépendances respectives, ces contacts réguliers entre juges se sont installés il y a une dizaine d'années et sont aujourd'hui une des richesses cachées du « dialogue des juges » en droit du travail.

Non seulement, ils parviennent à éviter – je crois – des hiatus qui causeraient du tort à nos concitoyens, mais - et cela est évidemment moins visible - ils font de nos différences d'approche une source de créativité.

Si j'avais devant moi une heure encore je l'illustrerais sur les expressions juridiques citées à l'instant, ou sur l'obligation de reclassement des salariés dont on supprime le poste de travail, ou sur les obligations des entreprises « mères » lorsque leurs « filles » procèdent à des licenciements : toutes questions qui ont été précisées et harmonisées, de part et d'autre, par l'échange et le travail en commun.

Je n'ai pas une heure devant moi.

Mais en ce jour où votre tribunal, Monsieur le Président, tient son audience solennelle en présence d'autorités politiques, judiciaires, administratives et militaires représentées à haut niveau, je voulais conclure par ce bel exemple que notre diversité, dans le dialogue, peut faire notre richesse.